

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL PENAL E JURISPRUDÊNCIA

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

GEORGES SEIGNEUR

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO

DANIEL RIBEIRO DOS SANTOS

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL

penal e jurisprudência

Coordenadores

Lilian Rose Lemos Rocha

Georges Seigneur

Israel Rocha Lima Mendonça Filho

Daniel Ribeiro dos Santos

Ricardo Victor Ferreira Bastos

Brasília

2019

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Lemos Rocha

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : prática processual penal e jurisprudência / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2019.

82 p.

ISBN 978-85-7267-003-6

1. Direito processual penal. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.9

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL.....	03
<i>JOSÉ AFONSO RAMOS FIDELES</i>	
UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PRISÕES CAUTELARES.....	22
<i>MARINA DE ALENCAR ARARIPE COUTINHO</i>	
O DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS SENTENCIADOS EM CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL	37
<i>ANA CLÁUDIA RIBEIRO SOUSA</i>	
INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIAL E ABSOLVIÇÃO: A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL NO BRASIL	65
<i>THYAGO VIRGÍLIO SALLENAVE</i>	

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

José Afonso Ramos Fideles ¹

RESUMO

Em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da investigação instaurada de maneira autônoma pelo Ministério Público, evidenciando a clara opção pela Constituição Federal de 1988 do sistema acusatório na persecução criminal. O Conselho Nacional do Ministério Público, verificando aperfeiçoar a investigação criminal, expede a Resolução nº 181/2017, trazendo em seu bojo o instituto do acordo de não persecução criminal. A ausência de previsão legal para a implementação do acordo entre o Ministério Público e o investigado diverge opiniões acerca da sua constitucionalidade, principalmente pelo fato do acordo ter um cunho processual, impor obrigações a terceiros, assim como restringir bens e determinar o cumprimento de serviços à comunidade e pagamento de prestação pecuniária sem previsão legal. A falta de processo legislativo inviabiliza a produção de efeitos erga omnes do instituto, mas não para os defensores de sua constitucionalidade. Entretanto, a inconstitucionalidade do acordo de não-persecução penal é evidente, por ofensa aos princípios da legalidade, inafastabilidade de jurisdição, do devido processo legal, além de invadir a competência legislativa privativa da União para legislar sobre matéria processual.

Palavras-chave: Resolução nº 181/2017. Acordo de não-persecução penal. Constitucionalidade.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court recognized the constitutionality of the investigation instituted by the Public Prosecutor's Office, evidencing the clear option of the 1988 Federal Constitution of the accusatory system in criminal prosecution. The National Council of the Public Prosecutor's Office, verifying

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (DF) e pós-graduando em Direito Penal e Controle Social pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Advogado, Assessor jurídico da Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria das Mercês de Castro Gordilho Aras. Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, SEPN 707/907, Asa Norte, Brasília, CEP 70.790-075, DF, Brasil, joseafonsorf7@hotmail.com..

that the criminal investigation has been perfected, issues Resolution 181/2017, bringing with it the institute of the non-criminal prosecution agreement. The lack of legal provision for the implementation of the agreement between the Public Ministry and the investigated diverges opinions about its constitutionality, mainly because the agreement has a procedural nature, impose obligations on third parties, as well as restrict assets and determine compliance with services to the community and payment of pecuniary benefit without legal provision. The lack of legislative process makes it impossible to produce erga omnes effects of the institute, but not for the defenders of its constitutionality. However, the unconstitutionality of the criminal non-prosecution agreement is evident, due to an offense against the principles of legality, unfatality of jurisdiction, due process of law, and invading the Union's exclusive legislative competence to legislate on procedural matters.

Keywords: Resolution 181/2017. Criminal non-prosecution agreement. Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A investigação criminal é um procedimento administrativo de extrema importância na persecução penal, ainda que, nos casos em que se encontram presentes elementos suficientes de autoria e materialidade, seja dispensada sua instauração.

O termo mais adequado para o procedimento administrativo que antecede o processo é o termo investigação criminal, vez que este encampa muito mais que tão somente o inquérito policial. Como cediço, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, fixou a tese de que o Ministério Público tem autonomia para instaurar investigação própria, sem que haja qualquer espécie de vício no oferecimento da denúncia e deu seu recebimento pelo magistrado.

A competência constitucional assegurada ao Parquet evidencia o sistema acusatório adotado em nosso ordenamento jurídico com a entrada em vigor da Carta Magna de 1988, possibilitando outras formas de investigação penal.

Nesse sentido, e com o fito de adotar medidas alternativas de solução na esfera penal, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Resolução nº 181/2017, que dispõe sobre a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do órgão Acusador.

A Resolução apresenta, em seu artigo 18, o instituto do acordo de não persecução penal como um procedimento de aprimoramento das investigações criminais, assim como “na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa”².

Todavia, o presente acordo têm gerado debates a respeito da sua constitucionalidade. A ausência de previsão legal para regulamentar o instituto de não-persecução penal, bem como a suposta falta de legitimidade do Conselho Nacional do Ministério Público em regulamentar normas de cunho normativo, extrapolando sua competência administrativa e financeira, são os principais fatores.

Argumentos sólidos, em ambos os polos, são levantados para defender sua constitucionalidade e sua inconstitucionalidade, tornando o debate mais rico e complexo.

Com o intuito de analisar os argumentos até então apresentados, o presente artigo terá como objetivo apresentar o acordo de não-persecução penal e suas peculiaridades de maneira detalhada.

Posteriormente, serão apresentados os argumentos dos defensores da constitucionalidade do instituto previsto no artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho do Ministério Público, com o imediato entendimento dos juristas que entendem pela inconstitucionalidade do acordo.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL (RESOLUÇÃO Nº 181 DO CNMP)

A investigação criminal é um procedimento administrativo de extrema importância na persecução penal, embora não seja imprescindível para o ajuizamento da ação criminal. Todavia, muito questionava se o Ministério

² RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>.

Público era constitucionalmente competente para instaurar investigações de maneira autônoma, sem a participação ou intervenção da polícia judiciária, o que, para muitos, maculava o recebimento da denúncia oferecida pelo Parquet.

Tal debate foi dirimido, em sede de repercussão geral pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 14 de maio de 2015, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727, que, por maioria de votos, “fixou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal”², desde que respeitados “a reserva constitucional de jurisdição e os direitos e garantias que assistem a qualquer pessoa sob investigação do Estado”³. A decisão do Pretório Excelso corrobora o entendimento esposado pelo Ministro Luís Roberto Barroso de que a Constituição Federal de 1988 optou, de maneira inequívoca, pelo sistema acusatório, criando estruturas para uma mudança significativa na instauração e na condução das investigações criminais, assim como no processamento das ações penais ajuizadas no Brasil.⁴

Ressalta-se, ainda, que as investigações criminais realizadas pelo membro do Ministério Público e pela polícia não são incompatíveis ou excludentes, mas, como salientado pela Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727, complementares.⁵

Nesse sentido, considerando o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como o disposto nos artigos 127, caput, e 129, incisos I, II, VIII e IX, da Carta Magna, no artigo 8º da Lei Complementar nº 75/1993 e no artigo 26 da Lei nº 6.625/1993, o Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício da competência fixada no artigo 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, assim como com fundamento nos artigos 147 e seguintes do seu

³ MIGALHAS. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI220549,41046STF+reconhece+poder+de+investigacao+do+MP>>. Acesso em 10/09/2018.

⁴ MIGALHAS. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI220549,41046STF+reconhece+poder+de+investigacao+do+MP>>. Acesso em 10/09/2018.

⁵ MIGALHAS. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI220549,41046STF+reconhece+poder+de+investigacao+do+MP>>. Acesso em 10/09/2018.

Regimento Interno, expediu a Resolução nº 181/2017 que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.⁶

O Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Resolução nº 181/2017, tendo como objetivo “a busca por soluções alternativas no Processo Penal que permitam celeridade na conclusão de casos menos graves, priorização dos recursos financeiros do Ministério Público e do Judiciário para processamento dos casos mais graves”⁷ e redução dos efeitos prejudiciais de uma sentença penal condenatória aos acusados.

A solução alternativa apresentada pela supracitada resolução do Conselho Nacional do Ministério Público é o instituto do acordo de não-persecução penal, previsto em seu artigo 18, com redação original alterada pela Resolução nº 183/2018, também do CNMP.^{7 8}

O acordo de não-persecução penal poderá ser proposto pelo Ministério Público ao investigado quando, não sendo o caso de arquivamento da investigação criminal, a pena mínima cominada ao delito for inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.^{9 10}

É necessário, ainda, que o investigado confesse formalmente e circunstanciadamente a prática da infração penal, mediante as seguintes condições:

⁶ RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>.

⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em 14/08/2018.

⁸ ZIESEMER, Henrique da Rosa. **A desconformidade constitucional do chamado acordo de não-persecução penal e o efeito bumerangue.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61167/a-desconformidade-constitucional-do-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-efeito-bumerangue>>. Acesso em 14/08/2018.

⁹ TOSCHI, Aline Seabra. **A discricionariedade vinculada no acordo de não persecução penal da Resolução nº 181 do CNMP.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65887/a-discricionariedade-vinculada-no-acordo-de-naopersecucao-penal-da-resolucao-n-181-do-cnmp>>. Acesso em 20/08/2018.

¹⁰ RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>.

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código

Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).¹²

Noutro giro, não será admitida a proposta do acordo de não-persecução penal nos casos em que (§ 1º, do artigo 18 da Resolução 181/2017):

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

(Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).¹¹

Desse modo, de acordo com Marcellus Polastri:

cria-se, na recente Resolução, uma forma de exercer o princípio da oportunidade pelo Ministério Público, pois dá poderes ao membro do parquet de deixar de fazer a persecução penal nos casos de crimes com pena em abstrato máxima inferior a quatro anos e que não tenham sido cometidos mediante violência ou grave ameaça, desde que aceite o acordo pelo investigado, que passaria a cumprir as condições do art. 18 da Resolução, de forma cumulativa ou não, a critério do Ministério Público.¹²

No mesmo sentido, salienta Aline Seabra Toschi que “o princípio da oportunidade, antes da referida Resolução, era basicamente tratado como princípio basilar das ações penais de iniciativa privada”¹³. “Consistia em afirmar que o querelante ao oferecer queixa deve fazê-lo contra todos os autores, sob pena de incidir no entendimento de que desistiu de processar todos”¹⁴.

O acordo de não-persecução penal deverá ser formalizado nos autos, com a qualificação do investigado e valores que possam vir a ser eventualmente restituídos, sendo firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado

¹¹ RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>> Acesso em 28/08/2018.

¹² POLASTRI, Marcellus. **O chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-dena-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>> Acesso em 28/08/2018.

¹³ TOSCHI, Aline Seabra. **A discricionariedade vinculada no acordo de não persecução penal da Resolução nº 181 do CNMP.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65887/a-discricionariedade-vinculada-no-acordo-de-naopersecucao-penal-da-resolucao-n-181-do-cnmp>> Acesso em 20/08/2018.

¹⁴ TOSCHI, Aline Seabra. **A discricionariedade vinculada no acordo de não persecução penal da Resolução nº 181 do CNMP.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65887/a-discricionariedade-vinculada-no-acordo-de-naopersecucao-penal-da-resolucao-n-181-do-cnmp>> Acesso em 20/08/2018.

e pelo seu defensor (§ 3º, art. 18).^{15 16} Após a celebração do acordo, a vítima é comunicada por qualquer meio válido, bem como os autos são remetidos a apreciação judicial. No caso do magistrado considerar o “trato” cabível, assim como suficientes as condições estabelecidas, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação (§§ 4º e 5º da Resolução nº 181/2017).^{17 18}

Todavia, “se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação”¹⁹, que poderá oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; reformular a proposta de acordo de não-persecução penal, para apreciação do investigado e manter o acordo de não-persecução, que vinculará toda a Instituição.²⁰

A respeito do assunto, sustenta Emerson Garcia que o maior complicador:

reside no fato de o acordo celebrado com base na Resolução CNMP nº 181/2017 não ser homologado pelo Judiciário. O que o juízo competente fará é analisar a

¹⁵ POLASTRI, Marcellus. **O chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-denao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>> Acesso em 28/08/2018.

¹⁶ RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>> Acesso em 28/08/2018.

¹⁷ POLASTRI, Marcellus. **O chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-denao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>> Acesso em 28/08/2018.

¹⁸ RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>> Acesso em 28/08/2018.

¹⁹ RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>> Acesso em 28/08/2018.

²⁰ POLASTRI, Marcellus. **O chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-denao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>> Acesso em 28/08/2018.

promoção de arquivamento, a ser formulada após a celebração do acordo, e, caso entenda que o ajuste é ilegal ou que os requisitos nele estabelecidos não foram suficientes à prevenção penal, geral ou especial, remeterá os autos, conforme o caso, ao Procurador-Geral de Justiça ou à Câmara de Coordenação e Revisão, que pode insistir no arquivamento ou determinar o prosseguimento das investigações ou o oferecimento de denúncia. O juízo valorativo final, portanto, passa do Poder judiciário ao Ministério Público. Há, ainda, mais um complicador para o investigado, que pode vir a cumprir o acordo, exatamente nos termos em que celebrado, e, por fim, responder a um processo penal. Basta, para tanto, que o juízo rejeite o arquivamento e o Procurador-Geral determine o oferecimento de denúncia.²¹

Por outro lado, o acordo pode ser celebrado na audiência de custódia, não sendo admitido quando for cabível a transação penal, nos termos da lei, quando o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação, quando o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no artigo 76, § 2º, da Lei 9.099/1995 ou quando o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal (§ 7º Resolução 181/2017).^{22 23}

No caso de descumprimento de quaisquer das condições estabelecidas no acordo, bem como o investigado deixar de informar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, o membro do Parquet deverá, se for o caso, oferecer a exordial acusatória imediatamente (§§ 8º e 9º da Resolução 181/2017). Lado outro, sendo cumprido, de maneira

²¹ GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões.** Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1772-o-acordo-de-naopersecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>> Acesso em 03/09/2018.

²² GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões.** Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1772-o-acordo-de-naopersecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>> Acesso em 03/09/2018.

²³ RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>> Acesso em 28/08/2018.

integral, o estipulado no acordo, deverá aquele arquivar a investigação criminal.²⁴

Nota-se que a proposta de não-persecução se assemelha ao modelo norte-americano de barganha, o plea bargaining, em que a maioria esmagadora dos casos criminais são resolvidas por meio do acordo oferecido pela promotoria ao acusado. O acordo encontra, ainda, “forte influência do modelo alemão, cuja possibilidade de barganha surgiu, mesmo sem previsão em lei, em decorrência de práticas informais dos promotores que constataram a incapacidade do sistema em processar todos os casos penais”²⁵. Método que foi chancelado pela Suprema Corte Alemã, que reconheceu sua constitucionalidade, ainda que sem previsão legal.

E este é o ponto de maior debate e críticas sobre e ao instituto previsto no artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público: o acordo de não persecução penal é constitucional ou inconstitucional, uma vez que não há previsão legal específica para sua implementação e aplicação aos casos jurídicos penais existentes?

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não-persecução penal, previsto no artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público tem dividido entendimentos quanto a sua constitucionalidade, e o principal motivo: a falta de previsão legal específica.

Para Rodrigo Leite Ferreira Cabral, “tal proposta segue o exemplo de países como os Estados Unidos e Alemanha, em que a maioria esmagadora dos

²⁴ RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf> Acesso em 28/08/2018.

²⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp> Acesso em 14/08/2018.

casos penais são resolvidas por meio do acordo”²⁶, ainda que sem previsão legal para tanto e, inclusive, sem que seja reconhecida a inconstitucionalidade de tais barganhas entre os investigados e a promotoria.

Nesse raciocínio, um primeiro argumento apresentado pelos defensores da constitucionalidade do acordo de não-persecução penal é o qual o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 12/MC, reconheceu que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça e, conseqüentemente, do Conselho Nacional do Ministério Público, possuem caráter normativo primário.²⁷

Dessa maneira, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça, “no exercício de suas atribuições administrativas ostentam o poder de expedir atos regulamentares. Esse, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”²⁸.

Sustentam, também, que a autorização para a formalização do acordo não configura norma de direito processual, já que não estão presentes no procedimento investigatório os postulados do contraditório e do devido processo legal, bem como atos voltados a realizar a causa finalis da jurisdição.²⁹

Assim, de acordo com Pedro de Oliveira Magalhães, a regulamentação do acordo pela Resolução nº 181/2017 do CNMP não configura invasão de competência legislativa da União em matéria processual, nos termos do artigo 22, inciso I, da Carta Maior, uma vez que “possui natureza de norma

²⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>> Acesso em 14/08/2018.

²⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>> Acesso em 14/08/2018.

²⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>> Acesso em 14/08/2018.

²⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>> Acesso em 14/08/2018.

procedimental e não processual propriamente dita”³⁰, “já que o acordo de não persecução penal antecede à promoção da ação penal pública, cingindo-se à etapa preliminar da persecução criminal (fase de investigação)”³¹.

Noutro giro, para os juristas que defendem a inconstitucionalidade do instituto, as normas editadas pela resolução do Conselho Nacional do Ministério Público tem natureza processual penal, assim como extrapola a competência do Conselho, restringida ao controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público.

Segundo Henrique da Rosa Ziesemer:

As normas editadas pela resolução possuem evidente caráter processual penal. Mais que isso, interferem de forma direta no processo penal brasileiro, criando obrigações a terceiros, avaliação de figuras penais, pagamento de prestação pecuniária, citando inclusive, “nos termos do Art. 45 do Código Penal”, analogia à pena mínima (Art. 18, IV da Resolução 181), em nítida forma processual de atuação, criando um modelo distinto (da lei e da Constituição) de abstenção da ação penal, o que também é processual. Assim, o CNMP se transformou em legislador de fato, ao criar figuras processuais típicas de legislador em atuação finalística do Ministério Público, em clara ofensa do Art. 22, I, da Constituição: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”³²

Aduz, ainda, que o artigo 130-A, § 2º, da Constituição Federal:

não contempla ao CNMP a possibilidade de criar figuras de atuação processual, ou mesmo interferir em atividade fim. Toda a atuação processual do membro do Ministério Público é finalística, ainda mais quando esta visa avaliar a aplicação ou não do direito e do processo penal. Assim, além de não ter competência constitucional para editar este tipo de regra, também não pode o CNMP disciplinar

³⁰ GUIMARÃES, Pedro de Oliveira. **Breves considerações sobre o acordo de não-persecução penal.** Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/03/07/breves-consideracoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>> Acesso em 10/09/2018.

³¹ GUIMARÃES, Pedro de Oliveira. **Breves considerações sobre o acordo de não-persecução penal.** Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/03/07/breves-consideracoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>> Acesso em 10/09/2018.

³² ZIESEMER, Henrique da Rosa. **A desconformidade constitucional do chamado acordo de não-persecução penal e o efeito bumerangue.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61167/a-desconformidade-constitucional-do-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-efeito-bumerangue>> Acesso em 14/08/2018.

atividade fim do Ministério Público, interferindo em seu mérito. Aliás, este tema já foi alvo do Enunciado nº 6 de 2009 do CNMP: “Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público.”³³

Para os defensores da constitucionalidade da resolução em estudo, esta visa, apenas, aplicar os princípios constitucionais do acusatório, da eficiência, da proporcionalidade, bem como o da celeridade. Destacam que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade, formalmente, dos atos normativos em contextos análogos, tal como a regulamentação por resolução do Conselho Nacional de Justiça de prazos e condições para a apresentação dos presos em flagrante à audiência de custódia.³⁴

Todavia, embora a resolução vise tão somente aplicar aqueles postulados constitucionais, para quem defende a tese de inconstitucionalidade do acordo, a resolução ofende de maneira grave o princípio da legalidade, pois apenas a lei tem legitimidade para relativizar o jus puniendi.

Nesse sentido:

interfere também a Resolução no princípio da legalidade, pois só a lei pode mitigar o direito de punir, como se depreende, por exemplo, das Leis 9.099/95 e 12.850/2013; ofende também o axioma esculpido no Art. 5º, II, da Constituição da República (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), pois o acordo de não persecução penal cria, sem lei para tanto, obrigações para terceiros, dentre os quais, as que mais chamam a atenção, as do inciso IV, prestar serviço à comunidade sem permissivo legal, e do inciso II, do Art. 18: “renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal”. É de se ponderar que não existe possibilidade de renúncia voluntária a bens e direitos, quando a consequência da não voluntariedade é a de ser processado

³³ ZIESEMER, Henrique da Rosa. **A desconformidade constitucional do chamado acordo de não-persecução penal e o efeito bumerangue**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61167/a-desconformidade-constitucional-dochamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-efeito-bumerangue>> Acesso em 14/08/2018.

³⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>> Acesso em 14/08/2018.

penalmente e poder ser condenado à pena de prisão. Enquanto ninguém pode ser privado de sua liberdade ou seus bens sem o devido processo legal (Art. 5º LIV), o dispositivo em apreço, em afronta à legislação vigente, inverte a lógica constitucional. Frisa-se, entretanto, que outros dispositivos semelhantes, como os da Lei 9.099/95, são resultado do processo legislativo, tendo eficácia erga omnes, o que não se admite em sede de resolução, que é ato administrativo que somente pode se dirigir ao Ministério Público, mas nunca alcançar terceiros.³⁵

Ressalva Emerson Garcia, também, que o maior problema “reside no fato de o acordo celebrado com base na resolução do CNMP nº 181/2017 não ser homologado pelo Judiciário”³⁶, ofendendo, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, no qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, em nítida ofensa ao sistema de freios e contrapesos (check and balance) que o Judiciário faz sobre os atos do Ministério Público.³⁷

Em contrapartida, é sustentado a inexistência de complicações na não homologação do acordo pelo magistrado, vez que este não escapa ao controle judicial. Assim, para Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

a Resolução 181/17, evidentemente, não mexe no controle judicial posterior, que ocorre por ocasião do arquivamento do feito (mesmo porque não poderia estabelecer deveres ao Poder Judiciário). Neste caso, o Poder Judiciário avaliará se o acordo foi adequadamente realizado e se o arquivamento foi correto. Veja-se que o fundamento que o Ministério Público utilizará para o arquivamento, no caso de cumprimento do acordo, será a falta de interesse na deflagração da persecução penal, já que suficientemente

³⁵ ZIESEMER, Henrique da Rosa. **A desconformidade constitucional do chamado acordo de não-persecução penal e o efeito bumerangue**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61167/a-desconformidade-constitucional-dochamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-efeito-bumerangue>> Acesso em 14/08/2018.

³⁶ GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões**. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1772-o-acordo-de-naopersecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>> Acesso em 03/09/2018.

³⁷ GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões**. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1772-o-acordo-de-naopersecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>> Acesso em 03/09/2018.

cumprida a pretensão punitiva que obteria com o processo penal.³⁸

Por sua vez, no tocante a possibilidade do não ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público, arguem os defensores da constitucionalidade da resolução, que esta adotou o princípio da oportunidade regrada, devendo ser observados certos requisitos para o não oferecimento da denúncia, tais como:

(i) o acordo somente é permitido para crimes menos graves (sem violência ou grave ameaça, com lesão inferior a vinte salários mínimos); (ii) para acusados primários e com bons antecedentes; (iii) desde que eles confessem formal e detalhadamente a prática do delito e indiquem eventuais provas de seu cometimento; (iii) reparem o dano ou restituam a coisa à vítima; (iv) cumpram prestação de serviços à comunidade ou multa, correspondente a parte do que cumpririam caso fossem condenados; e (v) quando os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que o acordo é uma resposta necessária e suficiente ao delito.³⁹

Ao celebrar o acordo e exercer o princípio da oportunidade regrada, o Ministério Público não estaria se quedando inerte diante a situação, o que, ao ver dos encampadores da constitucionalidade da resolução, serviria de óbice para o ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública pela vítima.

Entretanto, de acordo com Henrique da Rosa Ziesemer, tal entendimento extraído das normas constantes da Resolução nº 181/2017 do CNMP, ofende diretamente o artigo 5º, inciso LIX da Carta Magna, no qual será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.⁴⁰

Assim:

indaga-se: pode uma mera resolução mitigar um direito fundamental da vítima? Pode-se argumentar que o

³⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>> Acesso em 14/08/2018.

³⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>> Acesso em 14/08/2018.

⁴⁰ ZIESEMER, Henrique da Rosa. **A desconformidade constitucional do chamado acordo de não-persecução penal e o efeito bumerangue**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61167/a-desconformidade-constitucional-dochamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-efeito-bumerangue>> Acesso em 14/08/2018.

Ministério Público não foi omissor ou inerte, mas sua ação não encontra previsão na lei, sendo que só esta poderia interferir no direito da vítima. Somente a lei formalmente aprovada pode regular direitos e garantias fundamentais, como as previstas no Art. 5º da Constituição, mas nunca uma resolução. Admitir-se que uma norma meramente administrativa avance neste campo é enfraquecer a democracia e retirar, primeiramente do povo (detentor do poder) em segundo lugar, do parlamento, a prerrogativa constitucional de editar regras sobre processo penal e também da atuação do Ministério Público, que é órgão do Estado e não supra estatal. Bastaria que o CNMP formulasse tantas resoluções quanto desejasse, sem haver discussão parlamentar ou mesmo com outras instituições, adentrando no campo do processo penal, o que em um Estado Democrático de Direito não pode ser admitido.⁴¹

Estes são os principais argumentos acerca da constitucionalidade ou não do acordo de não-persecução penal. Desse modo, os defensores de ambas as teses encontram fundamentos coerentes dentro do sistema constitucional como uma unidade para corroborar seus pensamentos.

4 CONCLUSÃO

Nota-se que os posicionamentos, seja a favor da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade, encontram amparo em argumentos sólidos juridicamente para defender seu ponto de vista.

Todavia, por melhor que sejam os argumentos dos defensores da constitucionalidade, as teses apresentadas pelos juristas que sustentam a inconstitucionalidade são mais coerentes com a os preceitos constitucionais.

O argumento de que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça possuem caráter normativo e, consequentemente, as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público também possuiriam, não é suficiente para afastar que este não pode expedir regulamentos que criem figuras que interfiram na atividade fim dos membros do Parquet.

⁴¹ ZIESEMER, Henrique da Rosa. **A desconformidade constitucional do chamado acordo de não-persecução penal e o efeito bumerangue**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61167/a-desconformidade-constitucional-do-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-efeito-bumerangue>> Acesso em 14/08/2018.

Dessa forma, arguir que o acordo de não-persecução penal não seria inconstitucional, pois, por ser um procedimento administrativo, não interfere na atuação processual do membro do Parquet, ou sequer interfere em sua atuação fim, seria descabido, visto que o instituto previsto no artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público trouxe ao membro do órgão acusador a possibilidade de, preenchidos os requisitos constantes naquele dispositivo, deixar, com base no princípio da oportunidade, de ajuizar a respectiva ação penal e arquivar a investigação penal instaurada em desfavor do investigado.

Fica nítido, desse modo, que, por mais que seja um procedimento antecedente a atuação processual, interfere, de maneira irrefutável, na atividade fim do membro do Ministério Público.

Noutro giro, mas adotando o raciocínio anterior, evidente que o acordo invade a esfera da competência legislativa da União ao tratar de matéria de caráter processual, o que é inviável de ser feito no âmbito administrativo do procedimento investigatório criminal do Ministério Público.

Mais uma vez, a alegação de que a resolução não traz normas de caráter processual, uma vez que não trata do contraditório ou do devido processo legal, mas, tão somente, de questões prévias ao processo penal e exógenas ao exercício da jurisdição, não merece razão.

A Resolução expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público tem evidente natureza processual penal, vez que cria obrigações a terceiros, faz avaliação de figuras penais, impõe o pagamento de prestação pecuniária, faz analogia a pena mínima, bem como possibilita a abstenção da ação penal.

Portanto, o Conselho Nacional do Ministério Público transformou-se em legislador de fato ao legislar sobre a atividade fim dos membros do Parquet, invadindo a competência legislativa privativa da União, em clara ofensa ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

A resolução interfere, ainda, no princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Carta Maior, assim como no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

O axioma da legalidade veda, por ofensa ao seu postulado criar, por meio de resolução, obrigações para terceiros, tais como os previstos no artigo 18, inciso II e IV da Resolução nº 181/2017, impor que haja renúncia, por parte do investigado, de bens e direitos, resultando efeitos penais equivalentes aos previstos nos artigos 91 e 92, ambos do Código Penal, e determinar a prestação de serviços à comunidade sem previsão legal.

Não bastasse isso, em nosso ordenamento jurídico, ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens, ou sequer renunciar voluntariamente bens ou direitos sem o devido processo legal, nos termos do artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna.

Ressalta-se, que dispositivos, tais como os presentes na Lei dos Juizados Especiais são produto de um processo legislativo, produzindo efeitos gerais e para todos (*erga omnes*), o que não é admitido em sede de resolução, que é ato de caráter administrativo. Assim, por ter a resolução nº 181/2017 do CNMP natureza administrativa, esta só alcança o Ministério Público, mas jamais terceiros.

Por fim, quanto a ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, a não homologação do acordo pelo juiz, impedindo o controle do Judiciário dos atos do Ministério Público, lesa o sistema do *check and balance* (freios e contrapesos).

Desse modo, inconstitucional o acordo de não-persecução penal por ofensa aos artigos 5º, incisos II, XXXV, LVI, e 22, inciso I, ambos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-naopersecucao-penal-criado-cnmp>> Acesso em 14/08/2018.

GARCIA, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penalpassivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>> Acesso em 03/09/2018.

GUIMARÃES, Pedro de Oliveira. Breves considerações sobre o acordo de não-persecução penal. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/03/07/breves-consideracoes-sobre-o-acordode-nao-persecucao-penal/>> Acesso em 10/09/2018.

MIGALHAS. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI220549,41046STF+reconhece+poder+de+investigao+do+MP>>Acesso em 10/09/2018.

POLASTRI, Marcellus. O chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativade-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>> Acesso em 28/08/2018.

RESOLUÇÃO 181 CNMP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>> Acesso em 28/08/2018.

TOSCHI, Aline Seabra. A discricionariedade vinculada no acordo de não persecução penal da Resolução nº 181 do CNMP. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65887/adiscricionariedade-vinculada-no-acordo-de-nao-persecucao-penal-da-resolucao-n-181-do-cnmp>> Acesso em 20/08/2018.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. A desconformidade constitucional do chamado acordo de nãopersecução penal e o efeito bumerangue. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61167/adesconformidade-constitucional-do-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-efeitobumerangue>> Acesso em 14/08/2018.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PRISÕES CAUTELARES

A CRITICAL ANALYSIS OF CAUTIONARY PRISONS

Marina de Alencar Araripe Coutinho ¹

RESUMO

Inicialmente, o artigo traz um breve histórico das prisões cautelares no Brasil, para, em seguida, realizar uma análise crítica da demanda por eficiência no processo penal, e também, explicitar a seletividade do sistema de justiça criminal e da estigmatização causada pelo cumprimento da prisão processual.

Palavras-chave: Prisões cautelares. Eficiência. Seletividade. Estigmatização.

ABSTRACT

Initially, the article brings a historic retrospective of precautionary detention in Brazil and, subsequently, it proceeds a critical analysis of the demand for efficiency in criminal proceedings. Also it expresses the selectivity of the criminal justice system and the stigmatization caused by the precautionary detention.

Keywords: Precautionary detention. Efficiency. Selectivity. Stigmatization.

1 INTRODUÇÃO

Em que pese a evolução legislativa referente às prisões cautelares no Brasil, ainda estamos longe de respeitar parâmetros verdadeiramente garantistas na aplicação de tais medidas, as quais, frequentemente, são utilizadas como uma pena antecipada para indivíduos ainda sem condenação, quando deveriam manter um caráter excepcional e meramente instrumental, ou seja, destinado a garantir que as finalidades do processo penal sejam cumpridas.

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

Sob pressão da mídia e da sociedade, os operadores do processo penal se encontram em uma posição em que precisam demonstrar uma aparência de eficiência do sistema, o que é mais facilmente auferido pela quantidade de prisões efetuadas, pois o senso comum costuma confundir o aumento do encarceramento com a melhora dos índices de segurança. Combinando este fator com uma ausência de agilidade na prestação jurisdicional, chegamos a um ponto em que os presos cautelares ocupam uma parcela muito significativa da massa carcerária, impactando na superlotação do sistema.

Todavia, percebe-se que o crescente uso da prisão provisória não ocorre de maneira uniforme para todos os indivíduos desviantes, pois os agentes que atuam no sistema de justiça criminal não estão imunes a preconceitos e estereótipos, o que os leva a considerar certos grupos de pessoas mais ou menos perigosos, de acordo com fatores como classe social e cor da pele. E, uma vez selecionado pelo sistema, o indivíduo já marginalizado iniciará um ciclo vicioso que, dificilmente, conseguirá escapar, pois a prisão, ainda que provisória, gera um estigma na pessoa do acusado que mina todas as possibilidades de uma vida próspera e conforme a lei.

Estes são apenas alguns dos diversos problemas de aplicação da prisão cautelar no Brasil, o que será abordado no presente estudo sob o viés da proteção do indivíduo ante o arbítrio do Estado e da excepcionalidade da prisão como medida cautelar no processo penal.

2 HISTÓRICO DAS PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL

Uma análise crítica das prisões cautelares, necessariamente, deve partir de um entendimento das origens históricas e da evolução do instituto ao longo do tempo, de forma a melhor compreender o atual tratamento dado aos presos provisórios no Brasil.

À época da independência (1822), o processo penal no Brasil era regido pelas Ordenações Filipinas, sendo que, prontamente, foi outorgada uma nova

Constituição, a qual tinha caráter liberal e reconhecia o princípio da presunção de inocência, além de abolir os açoites, a tortura, o confisco e a prisão injusta.²

Na Constituição do Império (1824), havia previsão expressa da proteção do cidadão contra prisões arbitrárias, no sentido de que ninguém seria preso sem a formação de culpa - exceto nos casos definidos em lei, como a prisão em flagrante - e que ninguém seria mantido preso se prestasse fiança idônea, quando cabível. A formação de culpa seria a decisão do juiz que, após o oferecimento da denúncia e mediante uma instrução preliminar que passava pelo crivo do contraditório, viesse a se convencer da materialidade e autoria do crime, autorizando o prosseguimento do processo para julgamento. Nesse caso, decisão teria como efeito a prisão automática do réu.²

Em seguida, tendo Dom Pedro I abdicado do trono, foi positivado o Código de Processo Criminal do Império (1832), o qual serviu de inspiração para sistemas penais estrangeiros e previa a exigência de ordem escrita de uma autoridade competente para que alguém pudesse ser preso cautelarmente pelo suposto cometimento de crime, sendo reconhecido o caráter estritamente instrumental da medida.³

A primeira reforma do sistema penal do Império (1841) inaugurou um período que fundiu as competências da polícia e dos órgãos judiciais, atribuindo aos Chefes de Polícia, os quais eram escolhidos entre Desembargadores e Juizes de Direito, a função de prender, investigar, acusar e pronunciar suspeitos do cometimento de infrações de menor potencial ofensivo. A reforma seguinte (1871) restringiu as competências desses Chefes de Polícia, retirando-lhes a função de julgar certos delitos, porém mantendo o poder de arbitrar a fiança. Uma das alterações mais relevantes da época foi a previsão do Inquérito Policial, o qual sofreu poucas alterações até os dias de hoje.⁴

² WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51. ² CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 48.

³ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 52. ⁴ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 4849.

Proclamada a República (1889), o modelo federativo da época permitiu que cada estado legislasse sobre matéria processual, sendo que muitos deles mantiveram-se próximos ao sistema de justiça criminal imperial.⁴

Em 1937, foi outorgada uma Constituição de viés autoritário sob o regime liderado por Getúlio Vargas, a qual previa certos direitos ao acusado, todavia, extirpou as garantias da fiança e da comunicação da prisão, as quais retornariam ao ordenamento apenas em 1946, na vigência de uma Constituição democrática.⁵

Em 1941, na vigência do Estado Novo de Getúlio Vargas, foi editado um novo Código de Processo Penal, o qual sofreu influência de regimes totalitários da época, como o de Mussolini, na Itália. No que se refere às prisões provisórias, o novo código buscou ampliar as hipóteses de incidência e reduzir as formalidades para aplicação do instituto. A prisão preventiva, por exemplo, passou a ser cabível quando verificado “o interesse da ordem pública, da instrução criminal ou da efetiva aplicação da lei”. Também, surgiu o instituto da prisão preventiva obrigatória, que consistia no encarceramento cautelar do acusado de cometimento de crimes com pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos, a partir de mera prova indiciária.⁶

O Código de Processo Penal de 1941 sofreu diversas alterações que amenizaram o endurecimento experimentado durante o Estado Novo de Vargas, como o desaparecimento da prisão preventiva obrigatória, a possibilidade de responder o processo em liberdade após a pronúncia ou a condenação sem trânsito em julgado e a ampliação do cabimento da liberdade provisória sem fiança.⁷

⁴ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 49.

⁵ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56.

⁶ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 4950.

⁷ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 50. ⁹ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5657.

No período da ditadura militar, inaugurado em 1964, houve um forte impacto nas liberdades individuais dos cidadãos. Em 1967, foi promulgada uma nova Constituição, emendada por diversas vezes, a qual, embora tivesse dispositivos que protegessem o indivíduo de prisões arbitrárias, não impediu a grave e sistemática violação de direitos fundamentais, incluindo o uso da tortura para obtenção de confissões de pessoas que se encontravam sob a custódia do Estado.⁹

Segundo Rogerio Schietti Cruz:

é possível inferir a irracionalidade que caracterizou as normas que se seguiram ao longo do Império e da República, pela sucessão de leis que frequentemente condicionaram a sorte do indivíduo a fatores muitas vezes irrelevantes para a justa e correta avaliação da necessidade de mantê-lo preso. O fato é que, como muito bem observado por CHOUKR (2005, p. 2), ‘conhecemos uma história legislativa republicana sem que tenhamos um Código de Processo Penal integralmente nascido da atividade democrática parlamentar.’⁸

O Código de Processo Penal de 1941 encontra-se vigente até hoje, sendo que, por motivos pragmáticos, as tentativas de reformas que se seguiram levaram a alterações específicas e pontuais no texto, o que dificultou a formação de um conjunto sistêmico de normas e gerou um documento que se analisa aos retalhos, com contradições internas incontornáveis.⁹

Apesar do código ter sido promulgado em um contexto histórico de autoritarismo, a sua interpretação deve sempre pautar-se pelo disposto na Constituição Federal de 1988, notadamente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, essenciais quando se discute algo tão importante quanto a liberdade de um cidadão.¹⁰

⁸ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p.4951.

⁹ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p.4952.

¹⁰ SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. *A prisão cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada*. Belo Horizonte: Editora Plácido, 2017, p. 57.

3 PRISÕES CAUTELARES E EFICIÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Em que pese prevalecer o entendimento, entre os estudiosos da matéria, de que as prisões cautelares seriam medidas excepcionais a serem acionadas apenas quando instrumentos menos gravosos não se mostrarem viáveis para que o processo penal cumpra sua finalidade, percebe-se que as autoridades têm se valido de tais medidas de forma crescente, não raro, deslocando a retribuição penal para um momento prévio à sentença de mérito.¹¹

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, cerca de 40% (quarenta por cento) do total de presos no Brasil encontram-se em cumprimento de prisão cautelar, sem condenação sequer em primeira instância,¹⁴ o que leva à conclusão que, no Brasil, “primeiro se prende, depois se julga”.¹⁵

Ao passo em que a prisão cautelar se torna uma regra, a situação carcerária brasileira se agrava pela superlotação de presídios, principalmente, considerando a excessiva duração dos processos, levando a custódia cautelar a prolongar-se indefinidamente no tempo, transformando-se em verdadeiro cumprimento de pena.

Segundo Rogério Schietti, a ausência de agilidade na prestação jurisdicional penal fez com que as instituições, no intuito de não perderem credibilidade perante a sociedade, fizessem uso da prisão cautelar como forma de manter uma mínima sensação de segurança nos cidadãos. Assim, para a grande maioria da população, a custódia cautelar de um indivíduo em uma instituição policial ou em um presídio significa, automaticamente, que ele teria cometido um crime, pelo qual estaria sendo punido e, portanto, a comunidade ganharia em termos de segurança.¹⁶

¹¹ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 21. ¹⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Presos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/abc7c9d895ba4e6cd3e0518e6f840164.pdf>, Acesso em 1º.10.2018. ¹⁵ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 2. ¹⁶ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 23.

Entretanto, atrelar a ideia de eficiência do sistema de justiça criminal à quantidade de prisões efetuadas é um equívoco, pois implica em uma lógica que vulnera os verdadeiros fins do processo penal, quais sejam, a concretização da justiça, a proteção de bens jurídicos, e a segurança para os cidadãos. Isso porque, tal conotação da eficiência leva a um Direito meramente técnico e desprovido de conteúdo.¹²

A eficiência no processo penal deve ser um “critério de otimização da legitimidade, não mais conduzido por um princípio de promoção da riqueza, mas, sim, de otimização da justiça e de limitação da criminalização, da punibilidade e das medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais”. É dizer: a ineficiência não se contrapõe a uma eficiência desprovida de garantias ao cidadão, sob pena de subvertermos a persecução criminal em um processo autoritário e inquisitorial.¹³

É compreensível que a população em geral veja na prisão cautelar uma forma de segregar pessoas perigosas, concedendo segurança à comunidade, todavia, é preciso que os operadores do Direito, principalmente aqueles que atuam no sistema penal, se conscientizem da gravidade do encarceramento na vida do indivíduo, ainda que de forma provisória, dando a devida importância e jamais banalizando a liberdade dos cidadãos.¹⁴

No que se refere à opinião pública sobre a resposta penal à criminalidade, Miguel Tedesco Wedy chama atenção a:

Um certo discurso sensacionalista que, em alguns casos pontuais, com repercussão jornalística, relacionam sempre Justiça e prontitude, celeridade e eficiência. É óbvio que a Justiça não deve se portar com lentidão demasiada, esquecendo-se de se fazer presente. No entanto, não é bom que ela seja instantânea e imediata. Na atualidade, cada vez mais, os meios jornalísticos e legislativos indicam uma ‘punição imediata’ como sinônimo de eficiência, prontitude e justiça do Poder Judiciário. E assim, não raro vai se

¹² WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15-16.

¹³ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17.

¹⁴ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 3132.

industrializando o crime e vulgarizando as prisões cautelares.¹⁵

Assim, a ânsia por eficiência no processo penal, no sentido da mera quantificação de prisões, acarreta em verdadeira antecipação do cumprimento da pena e na inobservância dos critérios para a aplicação da prisão cautelar.¹⁶

É certo que, quando da decretação de uma medida cautelar que priva a liberdade do indivíduo, o juiz deverá sopesar, de um lado, os direitos individuais envolvidos e, de outro, a integridade da instrução probatória ou da aplicação da lei penal, de forma a prestar a jurisdição adequadamente e chegar a uma sentença justa. Todavia, nesta atividade de sopesamento, o juiz também deverá levar em consideração o princípio da excepcionalidade da prisão, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, segundo o qual a prisão preventiva será determinada apenas quando não puder ser substituída por outras medidas cautelares menos gravosas.¹⁷

No mesmo sentido, deve ser aferida, mediante a análise do caso concreto, a real necessidade de uma prisão provisória, bem como cumprimento dos requisitos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, justamente pelo “custo deveras elevado e desproporcional a ser suportado pela sociedade, qual seja, colocar em risco a liberdade de um indivíduo, antes de acertada a culpabilidade”.¹⁸

Aliás, o princípio da presunção de inocência pode ser harmonizado com a prisão cautelar, desde que esta obedeça à estrita necessidade do processo e seja aplicada a crimes mais graves, evitando prolongar-se no tempo, sendo admitida a sua permanência apenas nos casos em que seja necessário proteger provas, evitar a fuga do acusado ou impedir o cometimento de novas infrações penais.²⁴

¹⁵ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

¹⁶ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20.

¹⁷ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 71.

¹⁸ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 73-74. ²⁴ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79.

Uma sociedade que se pretenda democrática não pode relativizar direitos individuais de seus cidadãos apenas para proteger uma falsa sensação de segurança da comunidade, razão pela qual as normas processuais penais devem ser analisadas sob um viés de proteção das garantias constitucionais do indivíduo, sob pena de levar à cabo punições antecipadas e, pior, indevidas.¹⁹

4 SELETIVIDADE E ESTIGMATIZAÇÃO

Sob a influência do positivismo científico do século XIX, considerava-se que a dogmática jurídico-penal, enquanto técnica de interpretação e sistematização de normas que dizem respeito aos crimes e às suas consequências, teria como finalidade o fornecimento de instrumentos para que as “decisões programáticas do legislador” fossem “convertidas em decisões programadas do juiz”, de forma a racionalizar a atividade jurisdicional e padronizar a formação dos magistrados e de outros profissionais que atuam no sistema penal.²⁶

Todavia, com o decorrer do tempo, verificou-se que a dogmática não tem logrado em, de fato, racionalizar decisões judiciais, pois não atende às inúmeras variáveis que podem influenciar o juízo de um magistrado no momento de decidir sobre a liberdade de um indivíduo, a exemplo de estereótipos e preconceitos, além de trabalhar com conceitos rígidos que dificultam o exercício de um senso crítico. Além disso, observa-se que, não apenas no direito penal, mas em sentido amplo, o legislador deixou de buscar atender os anseios sociais para obedecer a aspirações de grupos sociais hegemônicos, cujos interesses preponderam sobre os demais.²⁰

Não obstante, a dogmática jurídico-penal permanece sendo aplicada com o mesmo intuito inicial, qual seja, o de uniformizar e atribuir previsibilidade às decisões judiciais, de forma a torná-las menos arbitrárias e promover a

¹⁹ WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 81-82. ²⁶ BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 8, n. 30, abr./jun., 2000, p. 52.

²⁰ BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 8, n. 30, abr./jun., 2000, p. 53.

segurança jurídica. Todavia, nas palavras de Alice Bianchini, “enquanto se obtiver sucesso em disseminar a crença de que a dogmática penal racionaliza conceitos e, assim, garante aplicações mais justas do direito penal, estará, ela, cumprindo função não declarada: justificação e legitimação do controle penal”.²¹

O caráter racionalizador e garantista do direito penal pode ser refutado ao verificarmos que i) este não protege apenas bens jurídicos essenciais à comunidade e as punições cominadas nem sempre são proporcionais à importância do objeto de proteção; ii) a lei não é aplicada de forma igualitária entre os cidadãos e a pecha de criminoso não é atribuída a todos os indivíduos que cometem crimes; iii) a intensidade da reação a determinado crime não guarda relação com a gravidade das consequências negativas geradas para a sociedade pela ação criminosa.²²

Assim, em que pese serem diversas as ações criminosas que podem ser combatidas por meio de uma sanção penal, apenas algumas delas e, portanto, apenas alguns de seus autores, recebem uma retribuição institucionalizada, a qual acaba elegendo, na maioria das vezes, a parcela marginalizada e pauperizada da população.²³

O processo de criminalização seletiva ocorre em duas etapas: i) primária, referente à edição de leis que criminalizam apenas certos grupos de pessoas e ii) secundária, referente à ação repressiva dirigida a pessoas determinadas.²⁴

A criminalização primária funciona como um primeiro filtro, realizado pelo Poder Legislativo, ao editar leis que, ora beneficiam uma parcela privilegiada da população, ora punem rigorosamente outra parcela já

²¹ BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 8, n. 30, abr./jun., 2000, p. 55.

²² BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 8, n. 30, abr./jun., 2000, p. 61.

²³ BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 8, n. 30, abr./jun., 2000, p. 61.

²⁴ RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Prisão preventiva e(m) estado de exceção: quando a exceção se torna a regra*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=37624b36da4d07cf>, p.6.

marginalizada. Segundo Rogério Schietti, tal entendimento é aplicável às medidas cautelares no processo penal, pois a:

Seletividade do sistema punitivo também pode ser apontada na maior preocupação do legislador em preservar certas esferas de liberdade que costumam mais ser utilizadas para a obtenção de prova exatamente no tipo de criminalidade praticada pelas camadas sociais economicamente melhor aquinhoadas. É o caso das exigências feitas para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas e do sigilo bancário e fiscal, a revelar um zelo do legislador com a ideia da subsidiariedade da medida cautelar.²⁵

Realizada uma primeira seleção por parte do Poder Legislativo, é desenvolvido um processo de criminalização secundária no qual agentes públicos, como policiais, promotores e juízes, elegem aqueles que entrarão no sistema de justiça criminal, tendo em vista a impossibilidade de deter a todos que infringem a lei.³³

O filtro realizado por esses agentes não escapa à imagem estereotipada do delinquente reproduzida pelo senso comum, o que sofre um reforço pela sensação de insegurança fomentada pelos meios de comunicação e legitima uma atuação penal seletiva,²⁶ inclusive no momento da prisão provisória, que é a primeira fase da institucionalização dos eleitos pelo sistema.

Uma vez que o cidadão é internalizado no sistema penal, ainda que de forma temporária, o estigma de criminoso restará fixado em sua reputação indefinidamente.

A prisão provisória, assim como a definitiva, tem reflexos extremamente negativos para o sujeito passivo da medida, que vê sua vida em comunidade

²⁵ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 40. ³³ RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Prisão preventiva e(m) estado de exceção: quando a exceção se torna a regra*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=37624b36da4d07cf>, p.6.

²⁶ RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Prisão preventiva e(m) estado de exceção: quando a exceção se torna a regra*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=37624b36da4d07cf>, p. 12.

prejudicada e tem sua reinserção social dificultada pelo encarceramento cautelar, ou seja, dificilmente, retornará ao *status* anterior à segregação.²⁷

Muitas vezes, a situação do preso provisório é ainda pior do que a do preso definitivo, considerando que este último se encontra em uma situação processual definida, da qual decorrem diversos direitos previstos na Lei de Execuções Penais, como trabalho, estudo e lazer. O preso cautelar, por sua vez, é alojado em instituições impróprias, as quais não distinguem presos já condenados dos demais, sendo apresentado ao que o cárcere oferece de pior, sem qualquer previsão do tempo em que a sua situação se estabilizará.³⁶

Assim, a custódia cautelar submete pessoas não condenadas a um regime equivalente ao fechado, ou seja, o mais gravoso e que deveria ser reservado aos criminosos mais perigosos, transformando pessoas sem culpa formada em indivíduos sem qualquer perspectiva de obter oportunidades positivas na vida, em decorrência da total desconfiança que despertarão na comunidade.²⁸

Segundo Miguel Tedesco Wedy:

No caso da prisão provisória, após a estigmatização, o indivíduo é visto como um pária, um ser merecedor da repugnância da coletividade. O sujeito passivo é tido, a partir de então, como um cidadão de classe inferior e subalterna, não causando espécie, constrangimento ou estupor a sua punição antecipada e nem as cruezas do cárcere. O preso, em síntese, é segregado dentro da cadeia e, após dela sair, é segregado pela sociedade, como um verme social.²⁹

Essa é a descrição de um modelo de sociedade autoritária e injusta, eis que utiliza as prisões provisórias como um instrumento de punição antecipada e de controle social, principalmente no que se refere a setores marginalizados da sociedade. Por mais breve que seja a prisão provisória, os seus reflexos

²⁷ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3. ³⁶ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018, p. 3134.

²⁸ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4

²⁹ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.

marcarão para sempre a vida do indivíduo, sendo irrelevante se a sua segregação ocorreu por um motivo injusto ou não.³⁰

Por isso, um olhar crítico por parte dos operadores do direito penal é essencial para que o instituto não seja banalizado, devendo ser excluídas quaisquer finalidades não instrumentais da prisão processual, ou seja, aquelas que não sirvam para, de fato, garantir a persecução penal, de forma que seus objetivos sejam cumpridos com respeito aos direitos individuais dos cidadãos. Isso porque “a defesa da instrução processual, da integridade das provas, da lisura das testemunhas, é a razão própria da existência das prisões cautelares”.³¹

Por outro lado, termos vagos como garantia da ordem pública ou da ordem econômica fornecem justificativas para a prisão em praticamente qualquer situação e, pior, torna os magistrados suscetíveis a pressões populares, para que demonstrem, através da punição antecipada travestida de prisão provisória, o bom funcionamento das instituições penais, o que não guarda qualquer relação com o instrumento da medida cautelar.³²

É sabido que a situação atual das prisões cautelares demanda uma mudança radical de paradigma, no qual o cidadão passará a ser considerado um sujeito digno de proteção dos arbítrios do Estado e, não, um empecilho à concretização do anseio da sociedade por mais punições. Para tanto, é na Constituição Cidadã que devemos buscar a força normativa dos direitos fundamentais, sem cairmos na tentação de relativizá-los pela pressão de maiorias eventuais.

5 CONCLUSÃO

Um processo penal que atenda aos anseios de um Estado Democrático de Direito deve, necessariamente, servir para frear os arbítrios do poder

³⁰ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.

³¹ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153.

³² WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 163.

público, de forma a proteger o cidadão de interferências indevidas em sua liberdade de locomoção. Conforme esse raciocínio, a utilização das prisões provisórias deve se ater a uma lógica de excepcionalidade, conforme regra expressa do Código de Processo Penal, o qual prevê medidas cautelares menos gravosas para a vida do acusado.

Conforme visto acima, seria de se esperar que as consequências nefastas do encarceramento para a vida do indivíduo, notadamente, daquele que sequer sofreu condenação, sensibilizassem os agentes do sistema de justiça criminal, para que recorressem à prisão processual apenas quando não houvessem outros meios de acautelar as finalidades do processo. Todavia, percebe-se que a prisão passou a ser a regra, principalmente, no que se refere à parcela da sociedade mais vulnerável e desprovida de meios para promover sua defesa.

A retomada da proteção conferida pela Constituição de 1988, reconhecendo-se a força normativa de seus preceitos, é essencial para que o Processo Penal se volte ao cidadão e ao respeito dos direitos fundamentais, os quais são uma conquista civilizatória que não podemos deixar retroceder, principalmente, em tempos de escaladas autoritárias. A forma como uma sociedade lida com seus desviantes será sempre um termômetro do seu caráter democrático e da maturidade de suas instituições.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 8, n. 30, abr./jun., 2000.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Presos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/abc7c9d895ba4e6cd3e0518e6f840164.pdf>, Acesso em 1º.10.2018.

CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodium, 4ª ed., 2018.

RIGON, Bruno Silveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Prisão preventiva e(m) estado de exceção: quando a exceção se torna a regra*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=37624b36da4d07cf>.

SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. *A prisão cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada*. Belo Horizonte: Editora Plácido, 2017.

WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS SENTENCIADOS EM CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN FOR CRIMINALS IN THE PENAL EXECUTION IN BRAZIL

Ana Cláudia Ribeiro Sousa ¹

RESUMO

A tecnologia trouxe inúmeros avanços na sociedade, entre eles a possibilidade de se criar e divulgar informações em tempo real para todo o mundo. Além dessa facilidade e instantaneidade da informação, tem-se sua perpetuação, uma vez que os dispositivos de memória encontram-se cada vez mais disseminados. Nessa esteira, faz-se necessário avaliar quais direitos estão correlacionados a essa realidade comunicacional e quais seus limites, principalmente no que tange aos condenados que ainda estão cumprindo pena. Faz-se análise do comportamento do Poder Legislativo frente a tal realidade fática, bem como da hermenêutica jurídica vigente. Conclui-se pela distinção entre o direito ao esquecimento e o direito à imagem dos condenados.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Sociedade da informação. Execução penal.

ABSTRACT

Technology has brought innumerable advances in society, including the possibility of creating and disseminating information in real time to the world. In addition to this ease and instantaneous information, it has its perpetuation, once the memory devices are increasingly disseminated. In this wake, it is necessary to evaluate which rights are correlated to this communicational reality and what are their limits, especially with regard to those condemned who are still serving their sentence. An analysis is made of the behavior of the Legislative Branch in the face of such factual reality, as well as of current legal

¹ Pós-graduanda em Direito Penal e Controle social, pelo Centro Universitário de Brasília. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Membro da Comissão de Ciências Criminais da Ordem dos Advogados do Brasil da subseção do Distrito Federal. Advogada Criminal no Distrito Federal.

hermeneutics. It concludes by distinguishing between the right to forgetfulness and the right to the image of the condemned.

Keywords: Right to be forgotten. Information society. Penal execution.

1 INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento de tecnologias comunicacionais, criamos também uma nova sociedade, a sociedade do superinformacionismo². É nela que, com enorme facilidade, criamos e disseminamos informações em tempo real, vinda de todos os cantos do mundo. O problema é que, por vezes, ocorre disseminação desmedida de dados, notícias equivocadas ou ainda incompletas, ocasionando vários conflitos. Somado a esse cenário, surge a questão da sua eternização, uma vez que os dispositivos de memória, sejam físicos (pen drive, dvd etc) ou digitais (nuvem, sites etc), armazenam tudo o que é inserido na rede mundial de computadores³⁴. É sob esse aspecto que surgem discussões sobre os direitos relacionados ao acesso a essa informação e sua posterior divulgação.

Tendo sob pano de fundo a dignidade humana, é necessária uma atualização sobre os direitos correlatos à informação e à comunicação. Com essas novas tecnologias, podemos falar em uma nova sociedade, donde decorre também a possibilidade de identificar direitos emergentes.

Norberto Bobbio, dentre outros, entende que não estamos mais na era de fundamentar novos direitos, mas de criar meios de proteção para esses⁴. No entanto, outros autores há⁵ que defendem a existência e desenvolvimento

² LIMA, Aline Aparecida Novais Silva, AMARAL, Sergio Tibiriçá. O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo. Faculdades Integradas Antônio Eufrasio de Toledo, Presidente Prudente - SP. ETIC Encontro de Iniciação Científica ISSN 21-76- 8498, v. 9, n. 09. 2013.

³ LIMA, Aline Aparecida Novais Silva, AMARAL, Sergio Tibiriçá. O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo. Faculdades Integradas Antônio Eufrasio de Toledo, Presidente Prudente - SP. ETIC Encontro de Iniciação Científica ISSN 21-76- 8498, v. 9, n. 09. 2013.

⁴ Bobbio, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.
Dentre esses mencionamos Roseline Letteron e José Eugenio Soriano Garcia citados por TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal, Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

desses novos direitos em decorrência da própria característica mutável da sociedade.

Como nas fissões nucleares, do embate entre o direito à informação e o direito à privacidade surge a discussão sobre o direito ao esquecimento. Os que estão com Bobbio, reputam que estaria inserido no direito à imagem, ao passo que outros estudiosos entendem-no como um direito a ser resguardado por si só, sendo inclusive tema de enunciado e manifestações das mais altas cortes do Brasil e do mundo.

O que dizer sobre o direito ao esquecimento no que tange àqueles que feriram o tecido social e encontram-se em cumprimento de sua expiação? Quais são os direitos assistidos a esses indivíduos? Tais questões derivam da existência de um interesse público na esfera criminal. Do contrário, seria hipótese de atuação de esferas menos gravosas, como respostas administrativas ou civis. Entretanto, importante diferenciar o “interesse público” do “interesse do público”⁵, na esteira do voto do Min. Luis Salomão, no Recurso Especial 1.334.097/RJ.

A dignidade da pessoa humana não se dissocia em nenhuma hipótese da condição do ser humano, é fonte para os demais direitos como o direito à imagem, à privacidade, à liberdade de expressão e de informação. Estes dois últimos, aliás, são demasiado caros à sociedade brasileira, que há pouco tempo, durante o período de ditadura militar, vivenciou forte censura às liberdades democráticas. Nesse sentido, em linha com Paulo e Flávia Carmona⁷, resta evidente que o direito à manifestação e o direito de imprensa apresentam-se como verdadeiros termômetros da democracia, esculpindo-se a premissa de que quanto maior a liberdade de expressão mais próximo do estado democrático de direito e mais distante de regimes totalitários. A preocupação do legislador foi tamanha que tais valores encontram-se gravados como cláusula pétrea constitucional.

⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.334.097 do Rio de Janeiro. Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2017. Acesso em 30 de setembro de 2018.

Como justificar, então, o direito individual de despedir-se do seu passado? Excluir um direito, ao mesmo tempo, de memória e de liberdade de expressão não agravaria o risco de se afastar do Estado Democrático? A resposta talvez esteja em uma metodologia defendida por Paulo e Flávia Carmona que possibilita ao Judiciário, através de critérios específicos, utilizar de ponderação para solucionar demandas de tal natureza.

Com essas respostas, é possível avaliar se esses direitos são realmente novos, ou se seriam apenas a exteriorização de outros já existentes. Averiguar a necessidade, ou não, de inovação legislativa, bem como analisar a aplicação dessas proteções na esfera do Judiciário por meio de estudo de casos concretos, como são exemplos os que foram narrados no Recurso Especial n.º 1.335153 e no Recurso Especial 1.334097, ambos de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça, e no Habeas Corpus 126.135/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes.

Por conseguinte, propomos nos imiscuir no direito ao esquecimento, delimitando seu conceito, critérios de aplicação, bem como estudo de casos ocorridos no Brasil e na Corte Européia. Entendemos que partindo de tal metodologia será possível afirmar se internos do sistema penitenciário nacional são destinatários da garantia ao esquecimento, do direito a serem deixados em paz, como consectário de um princípio de justiça.

2 DIREITOS HUMANOS E DIGNIDADE HUMANA

Os direitos afetos à humanidade decorrem, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet⁶ afirma que a dignidade da pessoa humana pode ser definida como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais do Caso Lebach ao Caso Google vs Agencia Espanhola de Proteção de Dados. 5 de junho de 2015. Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-p-rotecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em 24 de setembro de 2018.

que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Trata-se, aqui, de perceber a importância da aplicação prática do princípio fundamental ao próprio Estado Democrático de Direito em que se funda a nossa República, conforme insculpido no art 1º, III, da Lei Fundamental.

Na clássica formulação kantiana, as pessoas devem ser tratadas sempre como fim em si mesmas, jamais como mero objeto⁷:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Compreendida a importância da dignidade humana, inevitavelmente advém a necessidade de valoração das necessidades do ser humano. É, pois, em tal princípio que se justifica lutar para que as necessidades, interesses e anseios, possam ser observados, mesmo em condições adversas, como é o período de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Vale dizer, o cumprimento da pena não autoriza a exclusão da dignidade humana, mas, ao contrário, é o momento para reforçá-la, exatamente porque nessa condição se está mais vulnerável à supressão de direitos.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, mas corolário a este, temos o princípio da humanidade, conforme descrito por Rodrigo Duque Estrada⁸:

O princípio da humanidade é pano de fundo de todos os demais princípios penais, e se afirma como contraposto maior do recorrente anseio de redução dos presos à categoria de não pessoas, na linha das teses defensivas do direito penal do inimigo

⁷ QUEIROZ, Victor Santos. A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais.

⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria crítica. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 31

Não é por estar preso que o interno pode ser afastado de sua condição humana. Não perde, por exemplo, seu direito à imagem, à privacidade e à intimidade. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹ traz em seu texto que:

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação.¹⁰ Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

No art. 5º, inciso X, da Constituição Federal temos o direito à proteção da vida privada, da honra e da imagem: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” Sobre esse assunto, Sylvio Motta¹¹:

[...] estabelece de forma inequívoca um limite a liberdade de expressão, de modo que, sob nenhuma circunstância se pode olvidar a privacidade pessoal em nome de uma pretensiosa e pseudolimitada liberdade de imprensa. Insta observar ainda que o presente inciso é uma norma limitativa em relação ao inciso precedente [...].

[...]

O direito à intimidade representa relevante manifestação dos direitos de personalidade e qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada.

2.1 Proteção contra o sensacionalismo

A Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária¹² traz em seu artigo 47 o seguinte preceito:

⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria crítica. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 31

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm acesso em: 29 de setembro de 2018.

¹¹ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões. 21. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 137

¹² Resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf> acesso em 29 de setembro de 2018.

Art. 47. O preso não será constrangido a participar, ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, especialmente no que tange à sua exposição compulsória à fotografia ou filmagem

Parágrafo Único – A autoridade responsável pela custódia do preso providenciará, tanto quanto consinta a lei, para que informações sobre a vida privada e a intimidade do preso sejam mantidas em sigilo, especialmente aquelas que não tenham relação com sua prisão.

Já no art. 41, VIII, da Lei 7.210, Lei de Execução Penal¹³, o legislador trouxe uma proteção exclusiva e, sob certo aspecto, inovadora: “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”.

Para Mirabete¹⁴ a proteção contra o sensacionalismo não se dedica à simples informação, mas a proteger a dignidade humana do preso contra aqueles que apresentam caráter espetaculoso e que dificultam a ressocialização, mesmo após o cumprimento da pena:

Pode ainda o sensacionalismo produzir efeitos nocivos sobre a personalidade do preso. A divulgação e, principalmente, a exploração em tom espalhafatoso, de acontecimentos relacionados ao preso, podem escandalizar ou atrair sobre ele as atenções da comunidade, retirando-o do anonimato, eventualmente levarão a atitudes antissociais, com o fim de manter essa atenção pública em processo de egomania e egocentrismo inteiramente indesejável.

Entretanto, apesar de todo debate sobre esses direitos, muita das vezes os internos são tratados de forma desumana, animalésca, sendo sua atividade intra ou extramuros notícia para tablóides, *ex vi* as notícias sobre Bruno Fernandes de Souza, mais conhecido como “goleiro Bruno”, e sobre Suzane von Richtofen¹⁵. Simples pesquisa realizada em um site de buscas, utilizando como argumento o nome de Suzane von Richtofen, oferece quase 9

¹³ BRASIL. Lei de Execução Penal (Lei 7210/84). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm Acesso em: 25/04/2018

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Execução Penal. 12 edição, revista e atualizada até 20 de março de 2014. São Paulo. Editora Atlas S. A. 2014.16 p. 117

¹⁵ Google, Suzane Richtofen. disponível em: https://www.google.com.br/search?q=suzane+richthofen&rlz=1C1LENP_enBR540BR540&source=1nms&tbm=nws&sa=X&ved=0ahUKEwja7aOi_ODdAhVJQZAKHdv6A7sQ_AUICigB&biw=1242&bih=5917 7 acesso em: 29 de setembro de 2018.

mil resultados, entre eles, notícias sobre o filme¹⁶ correspondente à vida da detenta, com previsão de lançamento para 2019. Quantos não são os casos de noticiários, filmes, documentários sobre a vida de sentenciados? O legislador não garantiu a proteção inculpada no inciso VIII de forma leviana. É uma realidade anterior a 1984, quando da publicação da lei de execução penal.

2.2 Direito de informação, de livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa

Sob outro aspecto, temos o direito de informação, de livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, conforme o art. 5º, incisos IV, IX e XIV e art. 220 todos da Constituição Federal:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Conforme Motta¹⁷, o direito à livre manifestação do pensamento consiste na possibilidade do indivíduo poder expressar seu pensamento através de qualquer meio ou forma, desde que se identifique. Isso porque, como vimos, é

¹⁶ PRADO, Carol. Filme sobre Suzane von Richthofen mira fatos que antecederam crime, diz diretor. 27 de julho de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/cinema/noticia/2018/07/27/filme-sobre-suzane-von-richthofen-mira-fat-os-que-antecederam-crime-diz-diretor.ghtml>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

¹⁷ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões. 21. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 135
Direitos Humanos Fundamentais, 2ª ed., editora Atlas, p. 132 *apud* MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões. 21. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 135

vedado o anonimato, para que, havendo prejuízo, o sujeito que teve o ônus possa responsabilizar o agressor nos casos de divulgação de notícias inverídicas, de má fé etc. Importa observar que essa manifestação não tem autorização para quando infringe a lei como nos casos de apologia a fatos criminosos e etc.

Quanto à livre expressão do inciso IX da carta magna, Motta recorda as palavras de Alexandre de Moraes¹⁸: “o texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta [...]”. E acrescenta entender que:

(...)deva inexistir censura, até porque ela presume que o censor é mais apto ou capaz de identificar o que é ou não bom, belo, ruim ou danoso do que o destinatário da manifestação intelectual em qualquer de suas formas (afinal, arte ciência e comunicação não deixam de ser espécies do gênero “atividade intelectual”...)A democracia pressupõe que os homens são igualmente capazes, ao passo que outras ideologias chegam a crer que alguns - mais capazes - podem (e devem!) cuidar de outros que sejam mais fracos, ignorantes, etc. Por outro lado, há que haver força igualmente poderosa e sensível que vá levando a população a um nível de educação e responsabilidade que lhe permita por si só e individualmente repudiar os excessos. Não é saudável, por exemplo, que programas de televisão incitem a população ao desrespeito à dignidade da pessoa humana, direito de defesa, etc. Aproveitando-se de uma situação social calamitosa e onde as massas são mais facilmente levadas pela propaganda fácil, leviana e irresponsável daqueles que visam apenas ao lucro imediato e a pontos de audiência[...]”¹⁸

Como narrado na introdução, é um direito mui precioso para o estado democrático de direito, tanto que é assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem

¹⁸ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões. 21. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 136

¹⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.ht22 m acesso em: 29 de setembro de 2018. ; SOUSA, Ana Cláudia. Crime de ódio na internet. Brasília.p. 1.135. 2011. “Na medida em que a rede mundial de computadores é anterior à própria Constituição Federal de 1988, remontando às décadas de 60 e 70 “há pouco mais de quarenta anos, a internet não passava de um projeto...” (PECK, Patrícia. Direito Digital, 2010, p. 43)”

interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

No período da ditadura, as informações deveriam ser filtradas, selecionando-se as que poderiam ser disseminadas à população. No período mais rigoroso que o Brasil vivenciou, ainda não tínhamos a internet como é vista hoje²², de modo que as notícias dependiam do rádio, da televisão ou de papel para serem transmitidas. Muitas das ações antidemocráticas praticadas naquela época eram facilmente ocultadas, e as que conseguiam alguma divulgação terminavam não tendo os mesmos questionamentos, repercussões e posicionamentos que nos dias atuais. Tal fato pode ser extraído do texto “O almanaque dos tempos de chumbo”²⁰.

Os jornalistas que viveram e padeceram sob o regime militar sabem toda a diferença. Eram tempos duros, de medo e censura, em que todo editor competente ou repórter bem informado precisava ter, como fonte de referência obrigatória, um livro que hoje ninguém mais conhece e que ainda é editado todo ano: o *Almanaque do Exército*.

Tal contexto também é traduzido no livro “A ditadura militar no Brasil: Repressão e Pretensão de legitimidade 1964-1984”²¹

Desmesuradamente os condutores da ditadura labutavam para mostrar que a sua noção de ordem social era produto dos anseios da maioria da população. Nestes termos, o regime insistia em que ele possuía todos os elementos que permitiam a sua identificação com o povo. Ao pressupor que havia esta identificação, os militares circunscreviam a ação de todos à sua ação. Assim, tudo o que estava fora deste limite deveria ser decididamente repellido e/ou eliminado. Justificava-se, assim, a repressão a determinados grupos que se negavam a identificar-se com o regime em vigor. Portanto, tudo o que estava fora dos limites desta relação de identificação em quaisquer campos (objetivo e/ou subjetivo) estava sujeito ao controle, rechaçamento e até eliminação. O regime só admitia, então, aquilo que estava absolutamente integrado

²⁰ CUNHA, Luis Cláudio. O almanaque dos tempos de chumbo. 16 de abril de 2015. Ed. 846. Disponível em: <http://observatoriодаimprensa.com.br/interesse-publico/o-almanaque-dos-tempos-de-chumbo/>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

²¹ REZENDE, Maria José de. A ditadura militar no Brasil: Repressão e Pretensão de legitimidade 1964- 1984. Editora da Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2013. Disponível em: <http://www.uel.br/editora/portal/pages/arquivos/ditadura%20militar.pdf> acesso em: 30 de setembro de 2018. p.04

ao seu controle num processo de geração contínua de uma ampla consonância com seus propósitos nas diversas esferas da vida social. (p. 04)

E continua:

Toda e qualquer manifestação política contra os atos praticados pelo regime militar era considerada uma forma de subverter a ordem. Os movimentos favoráveis ao restabelecimento dos direitos humanos, a favor da anistia, pelo fim da tortura, da censura, dentre outros, eram tidos como movimentos que pretendiam estabelecer mudanças em detrimento do regime; o que não seria admitido, segundo os seus condutores (p. 181) ²²

Hoje, o direito de manifestação e informação funcionam, na prática, como o princípio da publicidade (art. 5º, incisos IX e XXXIII e art. 93, inciso IX, todos da CF), que tem por escopo dar clareza às ações e que se divide em publicidade geral e específica²³:

A primeira versa justamente da possibilidade de qualquer pessoa do povo a ter acesso aos atos processuais, possibilitando à sociedade um meio de fiscalização; a segunda, por sua vez, seria o acesso restrito aos agentes envolvidos ao processo penal, defesa e acusação, concretizando o princípio da ampla defesa.

Com a garantia de um Estado Democrático de Direito, temos a possibilidade de questionamento e crítica, podemos nos posicionar, nos opor a situações, sejam elas ilegais ou legais, como as informações sobre a possibilidade de progressão de regime de Suzane Richtofen²⁴, ou o trabalho extramuros do goleiro Bruno, no time do Boa Esporte Clube²⁵.

²² REZENDE, Maria José de. A ditadura militar no Brasil: Repressão e Pretensão de legitimidade 1964- 1984. Editora da Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2013. Disponível em: <http://www.uel.br/editora/portal/pages/arquivos/ditadura%20militar.pdf> acesso em: 30 de setembro de 2018. p. 181.

²³ SOUSA, Ana Cláudia Ribeiro. Direito Processual Penal, Princípios do Processo Penal Brasileiro. Gran cursos aulas em PDF. Brasília, 2017.

²⁴ LEIMIG, Luara. 11 de setembro de 2018. Vale do Paraíba e Região. Disponível em: [https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2018/09/11/justica-nega-pedido-de-suzane-rich thofen-para-cumprir-resto-da-pena-em-liberdade.ghnm28](https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2018/09/11/justica-nega-pedido-de-suzane-rich-thofen-para-cumprir-resto-da-pena-em-liberdade.ghnm28) acesso em: 28 de setembro de 2018.

²⁵ GLOBO, Goleiro Bruno faz estreia pelo Boa Esporte após ser solto. 8 de abril de 2017. Disponível em: 29 <https://globoplay.globo.com/v/5788123/> acesso em 29 de setembro de 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.335.153 do Rio de Janeiro. Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 30 de setembro de 2018.

A primeira discussão que se poderia fazer é a seguinte: no conflito entre direitos que se encontram horizontalmente iguais, como tratá-los? Uma solução pode partir do estudo do caso concreto objeto do RESP 1.335.153/RJ, onde foi proposta a técnica de ponderação dos direitos em cada situação.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO

3.1 Direito de ser deixado em paz - RESP 1.335.153/RJ

A questão suscitada no RESP 1.335.153/RJ, voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, trata sobre a apresentação de notícia trágica sobre Aída Curi em um programa televisivo, na qual seus familiares pleiteavam o esquecimento do caso, já que não queriam ter a dor revolvida mais uma vez. O ministro narrava o direito da vítima a ser deixada em paz, da mesma forma que apontou o mesmo direito, o do esquecimento, aos condenados²⁹:

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. 4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido. 5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. 6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que,

desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. 7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. 8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. 9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. 10. Recurso especial não provido.

O direito ao esquecimento, para Lima²⁶, “se baseia na premissa de que ninguém poderá estar sujeito a submissão de pena perpétua por um fato que ocorreu em seu passado”. Tal direito, sob o olhar voltado para o sentenciado,

²⁶ LIMA, Aline Aparecida Novais Silva, AMARAL, Sergio Tibiriçá. O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo. Faculdades Integradas Antônio Eufrasio de Toledo, Presidente Prudente - SP. ETIC Encontro de Iniciação Científica ISSN 21-76- 8498, v. 9, n. 09. 2013.

permite a concretização do próprio mandamento constitucional na qual não haverá penas de caráter perpétuo (art. 5, XLVII, b da CF).

Conforme se extrai do voto, vê-se que o direito ao esquecimento traz em seu condão a possibilidade indissociável de reinserção social. Paga a pena imposta pelo Estado, o sujeito de direitos tem a possibilidade de retornar à vida em sociedade, concretizando o imposto pela Constituição. Ao contrário, impossibilitado esse retorno restariam apenas condenações eternas. É justamente no direito ao esquecimento, nesse contexto, que se abre a possibilidade de concretização da proteção constitucional contra penas de caráter perpétuo.

Sob esse cenário, temos autores que entendem que o direito ao esquecimento é apenas uma forma de concretizar a proteção ao direito de imagem e privacidade, como é o caso de Trigueiro²⁷:

[...] quanto à natureza jurídica do direito ao esquecimento, deve-se compreendê-lo como uma manifestação de direitos da personalidade já anteriormente definidos, designadamente a intimidade da vida privada e a identidade pessoal. Por conseguinte, mesmo diante da revolução nos meios de comunicação com destaque para a internet, que trouxe novos desafios à proteção desses direitos e dimensões diferenciadas ao direito ao esquecimento (que antes restringia-se ao tema da ressocialização criminal), este não deve ser compreendido como integrante de um novo e distinto direito, isso porque seu âmbito de proteção insere-se no suporte fático daqueles outros direitos de personalidade.

3.2 Autonomia do direito ao esquecimento

Trigueiro observa que a ideia do direito ao esquecimento como um direito autônomo é defendida por estudiosos do tema, os quais avaliam que:

o direito ao esquecimento visa ao desaparecimento permanente de uma informação passada, diga respeito ou não a vida privada do indivíduo; sendo por isso um direito merecedor de tratamento distinto (LETTERON, 1996, p. 407-4013). Outros o tratam como espécie de uma nova

²⁷ TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal, Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

geração de direitos, decorrente da era da informática, embora o fundamento nos valores da privacidade, dignidade e proteção dos dados pessoais (SORIANO GARCIA, 2012, p. 208)

Como veremos no caso concreto analisado pelo Tribunal Europeu, não é só uma informação íntima, privada, que pode ser alcançada pelo direito ao esquecimento, mas até mesmo uma informação pública. Vimos também que a sociedade da superinformação permitiu que fatos que antes ficavam apenas na memória daquela comunidade, agora ultrapassam o tempo em razão de novos dispositivos de armazenamento.

Podemos inferir que o direito ao esquecimento tem a possibilidade de existir de forma autônoma não pela necessidade de abafar situações de foro íntimo, mas para se proteger direitos individuais indisponíveis prejudicados pela difusão massiva de informações que nunca se extinguem ou podem ser ocultadas, em decorrência das avançadas tecnologias de comunicação e informação, em especial quando não há interesse público em sua manutenção.

Na decisão do Recurso Especial 1334097/RJ, Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, quarta Turma, julgado em 28/05/2013, que decidiu a respeito do conhecido caso da chacina da candelária, o autor pleiteava o direito de ser esquecido, uma vez que foi alvo de um programa televisivo chamado Linha Direta que o retratou na condição de envolvido mesmo anos após ter sido absolvido das acusações. Vejamos parte da manifestação²⁸:

No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha nacional” a parte.

Nessa linha, é razoável o entendimento de que a sociedade da superinformação ganhou um poderio tão grande que se faz necessário o direito

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.334.097 do Rio de Janeiro. Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 30 de setembro de 2018.

ao esquecimento para freá-la. Lima²⁹ menciona caso ocorrido em 1983, no qual o Supremo Tribunal Alemão entendeu que as condições de processamento automático de informações pessoais, decorrentes da Lei do Censo, que armazena e permite a consulta a qualquer tempo e de qualquer distância, tornam o indivíduo desprotegido e incapaz de exercer o livre direito de personalidade. Tal circunstância seria suficiente para viabilizar a anulação do comportamento individual, tendo em vista que pode sofrer sérias pressões da coletividade com acesso às suas informações privadas, preferindo a opção de não agir e de se esconder do mundo. Para melhor compreensão, a autora expõe parte da decisão do Supremo Tribunal Alemão:

[...] Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e que não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação.

[...]

Quem estiver inseguro sobre se formas de comportamento divergentes são registradas o tempo todo e definitivamente armazenadas, utilizadas ou transmitidas, tentará não chamar a atenção através de tais comportamentos. Quem estiver contado que, por exemplo, a participação em uma assembléia ou em uma iniciativa popular pode ser registrada pelas autoridades, podendo lhe causar problemas (futuros) possivelmente desistirá de exercer seus respectivos direitos fundamentais (art. 8, 9 GG) Isso não prejudica apenas as chances de desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos.

Tal entendimento é possível de ser adaptado à realidade brasileira, conforme voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator do HC 126.315:

O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal,

²⁹ LIMA, Aline Aparecida Novais Silva, AMARAL, Sergio Tibiriçá. O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo. Faculdades Integradas Antônio Eufrasio de Toledo, Presidente Prudente - SP. ETIC Encontro de Iniciação Científica ISSN 21-76- 8498, v. 9, n. 09. 2013 p. 9.

enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. (grifo nosso)

A questão do direito ao esquecimento ultrapassa, pois, o direito à intimidade e vida privada uma vez que não está afeta apenas ao conteúdo, mas ao tempo. Heráclito expõe que³⁰:

Ninguém pode entrar duas vezes no mesmo rio, pois quando nele se entra novamente, não se encontra as mesmas águas, e o próprio ser já se modificou. Assim, tudo é regido pela dialética, a tensão e o revezamento dos opostos. Portanto, o real é sempre fruto da mudança, ou seja, do combate entre os contrários.

Sob essa perspectiva, quando expressamos nossa personalidade, também somos como o rio, seres mutáveis. Aquilo que fizemos, ou pensamos ontem não é a tradução do que pensamos ou fazemos hoje. Sem o direito ao esquecimento, situações desabonadoras, ou não, poderiam ser utilizadas diversas vezes, em diversos formatos, prejudicando sobremaneira, ou mesmo inviabilizando, a vida de qualquer pessoa.

O direito ao esquecimento visa possibilitar que a violação do direito de imagem cesse, que aquela agressão perene e repetida possa deixar de existir. Nas palavras de Mazzuoli³¹:

O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito ao ex detento à ressocialização. Não atribui ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

³⁰ SILVA, André Gustavo Mendes da. Sócrates, Heráclito e Parmênides: a posição ontológica do homem. 24 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/socrates-heraclito-e-parmenides-a-posicao-ontologica-do-homem/104323> acesso em 01 de outubro de 2018.

³¹ MAZZUOLI, Valerio Oliveira. Direitos Comunicativos Como Direitos Humanos: Abrangência, Limites, Acesso À Internet E Direito Ao Esquecimento. Revista dos Tribunais. vol. 960. São Paulo: Ed. RT, 2015.

Superada a questão sobre se o direito ao esquecimento merece ou não tratamento autônomo, devemos seguir em frente na investigação quanto à ponderação entre o direito ao esquecimento e o direito à livre manifestação.

3.3 Ponderação entre o direito ao esquecimento e o direito à livre manifestação

O tema ganhou notoriedade internacional após a provocação de Mário Costeja Gonzáles em face das empresas Google Spain SL e Google Inc no Tribunal de Justiça da União Europeia³². Ao pesquisar seu nome no banco de dados da google, o autor encontrava-o estampado no jornal La Vanguardia em razão de uma hasta pública sobre seu imóvel. Ocorre que a questão processual do arresto fora resolvida há muito tempo e pela sua extinção processual o autor da ação entende que já não é pertinente seu nome ainda permanecer disponível nos buscadores.

Apesar da repercussão, o peticionamento para adquirir o direito ao esquecimento é anterior ao episódio tratado no Tribunal Europeu. Fábio Trigueiro menciona que o Tribunal Constitucional Alemão nos anos 70 já tratava sobre o tema³³, a exemplo do caso dos soldados de Lesbach.

Conforme pesquisado, três soldados alemães foram presos e apresentados como os responsáveis por um ataque ao depósito de munição, no dia 20 de janeiro de 1969, que terminou com o assassinato de 4 soldados. Não bastasse o fato, ainda houve especulações quanto à sexualidade dos soldados, que na época era motivo não só para constrangimento por parte da sociedade, mas também repressão do Estado³⁴.

³² MAZZUOLI, Valerio Oliveira. Direitos Comunicativos Como Direitos Humanos: Abrangência, Limites, Acesso À Internet E Direito Ao Esquecimento. Revista dos Tribunais. vol. 960. São Paulo: Ed. RT, 2015.

³³ TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal, Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

³⁴ Alemanha indeniza homossexuais condenados entre 1949 e 1994. Revista Exame. 11 de maio de 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/alemanha-indeniza-homossexuais-condenados-entre-1949-e-1994/> acesso em: 30 de setembro de 2018.

Os soldados foram condenados pelo ataque e cumpriram suas penas. Por um breve momento foram esquecidos, até o dia que, meses antes de um deles ser beneficiado com o livramento condicional, tomou conhecimento de que a emissora alemã ZDF estava realizando um documentário sobre o caso, com riquezas de detalhes. Receoso de que sua vida se transformasse novamente em um palco, o referido soldado decidiu acionar a justiça com o objetivo direto de ser esquecido pela imprensa, de modo a estar apto a continuar com sua vida, uma vez cumprido seu dever legal de reparação do dano causado³⁵.

Na Itália, onde o direito ao esquecimento é conhecido como *diritto all'oblio*⁴⁰, também podem ser encontrados precedentes semelhantes ao citado pelo Tribunal Europeu, o que demonstra não se tratar de um caso isolado da jurisprudência alemã.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de debater sobre o direito ao esquecimento nas decisões já apresentadas neste breve estudo (Resp 1334097/RJ e Resp 1335153/RJ). Do mesmo modo, há decisões no Supremo Tribunal Federal, a exemplo do Habeas Corpus 126.315/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, que será objeto de breve análise.

3.4 O Habeas Corpus 126.315/SP

Em relação a esse Habeas Corpus julgado pelo STF, a situação é descrita da seguinte maneira: Um homem foi condenado e, após transcorridos 5 anos do cumprimento da sentença, foi preso em flagrante por tráfico de drogas.

No caso concreto, o réu não teve a primeira condenação elencada como reincidência, entretanto o respectivo Tribunal de Justiça entendeu que a primeira condenação deveria ser levada em conta como mau antecedente.

³⁵ DEPRA, Felipe. A importância do direito ao esquecimento. A quem interessa o esquecimento? disponível em: <https://felipedepra.jusbrasil.com.br/artigos/366384308/a-importancia-do-direito-ao-esquecimento?ref=40serp> acesso em: 30 de setembro de 2018.

Assim, inconformado, o réu recorreu até o Supremo. Vejamos o entendimento da Corte³⁶:

Nesta Corte, a defesa argumenta que condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de 5 anos, que já não mais geram efeitos negativos da reincidência, também não podem configurar maus antecedentes, sob pena de se atribuírem efeitos perpétuos às condenações. Aduz que o entendimento da Primeira Turma (HC 119.200/PR) é no sentido de não poderem ser consideradas maus antecedentes condenações anteriores cujas penas foram extintas há mais de cinco anos.”

[...]

Advirto, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia *in malam partem*, método de integração vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o “direito ao esquecimento”, ou “direito de ser deixado em paz”, alcunhado, no direito norte-americano de “the right to be let alone”. O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

No Brasil temos ainda outras manifestações sobre o direito ao esquecimento, a exemplo do Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF/STJ:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.315 de São Paulo de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>> acesso em 20 de setembro de 2018.

especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Ocorre que apesar do direito ao esquecimento ser algo real na esfera judicial, ainda não há consenso sobre quando esse direito deve se sobressair ao direito da livre manifestação. Carmona e Carmona descrevem que existem alguns critérios que podem auxiliar o Poder Judiciário³⁷:

- a) **temporal** - o fato deve ter “acontecido no passado transcorrido substancial lapso de tempo desde o seu acontecimento”.

Para esse critério, os autores acima defendem que nossa legislação já prevê o direito ao esquecimento, conforme voto do Ministro Luis Felipe, no Resp 134097/RJ: “Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecido de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada”. São questões reconhecidas pela lei que permite o “esquecimento” do fato. Ou seja, se a norma determina o tempo para que a persecução penal não se protraia indefinidamente no tempo.

- b) **historicidade** - o direito a esquecimento não pode apagar um fato histórico, sob “afronta ao direito à memória da sociedade e à verdade histórica”³⁸.

Sob esse aspecto, é através da memória e da história que evitamos os erros do passado. Silva Filho³⁹, por sua vez, aponta que o direito à verdade estaria entrelaçado ao direito à memória:

³⁷ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavicholi. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. dez 2017, Vol. 7 Issue 3, p 437-452. 16p.

³⁸ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavicholi. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. dez 2017, Vol. 7 Issue 3, p 437-452. 16p.

³⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever de Memória e a Construção da História Viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na Concretização do Direito à memória e à verdade. Disponível em <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36354820/deverdememoriajosecarlos.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1538969869&Signature=Q%2BP2%2F3fM>

O Direito à Verdade volta-se à necessária investigação eficaz para que as circunstâncias das graves violações de direitos humanos ocorridas em meio a situações de violência massiva na sociedade, mormente em meio a regimes ditatoriais ou a Estados que praticaram crimes contra a humanidade, possam ser esclarecidas e conhecidas, bem como os autores e vítimas de tais atrocidades. Já o Direito à Memória indica a necessidade de recordar tais fatos gravosos, sinalizando de modo coletivo para o seu repúdio, mediante gestos, feitos e políticas que aportam na dimensão cultural e simbólica e na representação cívica do passado ausente, tentando escapar da aparição desse passado como sintoma de repetição não devidamente purgado e catalisador do caráter mimético da violência. Assim, não se trata simplesmente de delinear os detalhes das graves violações, mas sim de representá-las de modo a ressignificá-las no espaço público e coletivo, o que pode assumir virtualmente infinitas formas e maneiras. O Direito à Memória também alerta para a prioridade ética que deve ser dada ao testemunho das vítimas, pois é através da sua memória, ainda que representada no silêncio e na dor, que a sociedade poderá melhor conhecer a dimensão das violências praticadas com o apoio ou diretamente pelo Estado. O exercício da memória nesta chave, outrossim, é parte indissociável não só da reapresentação ressignificada e simbólica dos fatos, mas até mesmo da sua construção e delineamento, o que ajuda a entender um pouco o porquê da forte proximidade entre um Direito à Memória e um Direito à Verdade.

c) imprescindibilidade do sujeito.

Aqui o entendimento seria que, caso os dados do sujeito que quer ser deixado em paz não seja de suma importância para a reprodução do fato, deverá ser suprimido. Esta seria uma forma de conciliar o direito à informação e o direito ao esquecimento.

d) interesse público.

Importa dizer que existem histórias que possuem um conteúdo histórico pré-existente, enquanto que algumas são meras fabricações da mídia para o propósito da empresa: lucro. Inclusive existe a possibilidade de uma notícia ser lícita, mas que, pela própria exploração midiática, torna-se ilícita, por atentar

contra a dignidade da pessoa humana, foco da notícia. Carmona aponta a decisão do STJ Resp 1334097/RJ, sobre os critérios a serem empregados:

13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes

14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pudemos observar que apesar de ser um tema com tímida expressão na vida jurídica, o direito ao esquecimento já se apresentava em doses homeopáticas desde meados dos anos 70 do século XX, ocorrendo de forma mais pungente sua discussão no início do século XXI, em razão da emergência da sociedade da superinformação.

Apesar de cada vez mais suscitado, é entendido, no Brasil, como um direito fundamental implícito, sendo tema de enunciado civil 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, na qual ainda encontram autores que o entendem como mera transcrição da proteção ao direito de imagem e privacidade.

O debate a respeito do direito ao esquecimento surge principalmente do temor de sua aplicação temerária, sem critérios, podendo apagar fatos de grande valor histórico para a civilização. Carmona e Carmona oferecem 4 critérios para subsidiar a aplicação, ou não, do direito ao esquecimento, são eles: temporalidade, historicidade, imprescindibilidade do sujeito e interesse

público, permitindo que informações que as partes não queiram mais foco de publicidade possam alcançar a paz no esquecimento, desde que atendidas as condições.

Podemos separar o direito ao esquecimento do direito de imagem. Enquanto o direito de imagem e privacidade é garantido a todo e qualquer indivíduo, de forma indiscriminada, o direito ao esquecimento somente poderá ser aplicado em situações pontuais e criteriosas.

Sendo assim, observando os critérios de temporalidade, historicidade, imprescindibilidade do sujeito e interesse público, enquanto estiver em cumprimento de pena, o sentenciado tem direito de ser protegido contra o sensacionalismo, de ter seu direito de imagem e privacidade resguardados de excessos, mas ainda não alcançou os requisitos do direito ao esquecimento, não podendo valer-se daquele sem a aplicação de algum dos institutos elencados, como o exaurimento do ato perfeito, anistia, perdão etc.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm acesso em: 29 de setembro de 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei de Execução Penal (Lei 7210/84)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm Acesso em: 25/04/2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994**. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf> acesso em 29 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.334.097/RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 30 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.335.153/RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 30 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo interpretado 805 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/11/info-805-stf.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.315/SP**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+N%BA+593%2E818%2DRG%2FSC%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/yc8vecj>> acesso em 20 de setembro de 2018.

CARMONA, Paulo Afonso Cavicholi, CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavicholi. **A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação***. Revista Brasileira de Políticas Públicas. dez 2017, Vol. 7 Issue 3, p 437-452. 16p.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. Revista dos tribunais, São Paulo, ano, v. 104, p. 85-119, 2015.

CUNHA, Luis Cláudio. **O almanaque dos tempos de chumbo**. 16 de abril de 2015. Ed. 846. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/o-almanaque-dos-tempos-de-chumbo/>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

DEPRA, Felipe. **A importância do direito ao esquecimento. A quem interessa o esquecimento?** disponível em: <https://felipedepira.jusbrasil.com.br/artigos/366384308/a-importancia-do-direito-ao-esquecimento?ref=serp> acesso em: 30 de setembro de 2018.

DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. O direito ao esquecimento e a internet – censura ou garantia? A recente decisão do tribunal de justiça da união europeia. O direito ao esquecimento no **Brasil**. Publicações da Escola da AGU, v. 2, n. 35, 2014.

EXAME. **Alemanha indeniza homossexuais condenados entre 1949 e 1994.** 11 de maio de 2016. ed. Abril. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/alemanha-indeniza-homossexuais-condenados-entre-1949-e-1994/> acesso em: 30 de setembro de 2018.

FARIAS, Adriana. **O novo amor de Suzane von Richthofen.** Revista Veja de São Paulo. maio de 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/cidades/suzane-richthofen-namorado-tremembe/> Acesso em: 25/04/2018.

GLOBOPLAY. **Goleiro Bruno faz estreia pelo Boa Esporte após ser solto.** 8 de abril de 2017. Disponível em: https://globoplay.globo.com/v/5788123/_ acesso em 29 de setembro de 2018.

GOOGLE. Pesquisa com o argumento “Suzane Richthofen”. disponível em: https://www.google.com.br/search?q=suzane+richthofen&rlz=1C1LENP_enBR540BR540&source=lnms&tbm=nws&sa=X&ved=0ahUKEwja7aOi_ODdAhVJQZAKHdv6A7sQ_AUICi_gB&biw=1242&bih=597. Acesso em: 29 de setembro de 2018.

LEIMIG, Luara. **Justiça nega pedido de Suzane Richthofen para cumprir resto da pena em liberdade.** 11 de setembro de 2018. Vale do Paraíba e Região. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2018/09/11/justica-nega-pedido-de-suzane-richthofen-para-cumprir-resto-da-pena-em-liberdade.ghtml> acesso em: 28 de setembro de 2018.

LIMA, Aline Aparecida Novais Silva, AMARAL, Sergio Tibiriçá. **O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo.** Faculdades Integradas Antônio Eufrasio de Toledo, Presidente Prudente - SP. ETIC Encontro de Iniciação Científica ISSN 21-76- 8498, v. 9, n. 09. 2013.

MAZZUOLI, Valerio Oliveira. **Direitos Comunicativos Como Direitos Humanos: Abrangência, Limites, Acesso À Internet E Direito Ao Esquecimento.** Revista dos Tribunais. vol. 960. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Execução Penal.** 12 edição, revista e atualizada até 20 de março de 2014. São Paulo. Editora Atlas S. A. 2014. p. 111

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões.** 21. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 135 e 136.

PRADO, Carol. Filme sobre Suzane von Richthofen mira fatos que antecederam crime, diz diretor. **G1.** 27 de julho de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/cinema/noticia/2018/07/27/filme-sobre->

suzane-von-richthofen-mira-fatos-que-antecederam-crime-diz -diretor.ghml.
Acesso em: 30 de setembro de 2018.

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais.** 2005. Disponível em:
[https://jus.com.br/artigos/7069/a-dignidade- da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant/2](https://jus.com.br/artigos/7069/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant/2) acesso em: 28 de setembro de 2018.

REZENDE, Maria José de. **A ditadura militar no Brasil: Repressão e Pretensão de legitimidade 1964- 1984.** Editora da Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2013. Disponível em:
<http://www.uel.br/editora/portal/pages/arquivos/ditadura%20militar.pdf>
acesso em: 30 de setembro de 2018. p.04 e 181.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria crítica.** São Paulo. Saraiva, 2014. p. 31.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais do Caso Lebach ao Caso Google vs Agencia Espanhola de Proteção de Dados.** 5 de junho de 2015. Brasil. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-esp anhola-protecao-dados-mario-gonzalez](https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-esp-anhola-protecao-dados-mario-gonzalez). Acesso em 24 de setembro de 2018.

SILVA, André Gustavo Mendes da. **Sócrates, Heráclito e Parmênides: a posição ontológica do homem.** 24 de fevereiro de 2013. Disponível em:
[https://www.webartigos.com/artigos/socrates-heraclito-e-parmenides-a-posicao-ontologica-d o-homem/104323](https://www.webartigos.com/artigos/socrates-heraclito-e-parmenides-a-posicao-ontologica-d-o-homem/104323) acesso em 01 de outubro de 2018.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Dever de Memória e a Construção da História Viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na Concretização do Direito à memória e à verdade.** Disponível em
https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36354820/deverdememoriajosecarlos.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1538969869&Signature=Q%2BP2%2F3fMZ30FPAljO4W0nNp6GrU%3D&responsetype=content-disposition=inline%3B%20filename%3DDever_de_Memoria_e_a_construcao_da_Histo.pdf. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

SOUSA, Ana Cláudia Ribeiro. **Crime de ódio na internet.** Monografia. Centro Universitário de Brasília. Brasília. 2011.

SOUSA, Ana Cláudia Ribeiro. **Direito Processual Penal, Princípios do Processo Penal Brasileiro.** Gran cursos aulas em PDF. Brasília, 2017.

TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: RDCI, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Processo C-131/12. 13 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140514-04.pdf> acesso em: 24 de setembro de 2018.

INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIAL E ABSOLVIÇÃO: A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL NO BRASIL

INDEMNIFICATION FOR JUDICIAL ERROR AND ABSOLVATION: THE DECONSTITUTIONALIZATION OF THE CRIMINAL PROCESS IN BRAZIL

Thyago Virgílio Sallenave ¹

RESUMO

O artigo aborda a questão da indenização por erro judicial e a absolvição do réu que veio a ficar preso preventivamente. Traça um paralelo entre a banalização da prisão preventiva no Brasil e a prisão injusta, quando o réu é absolvido, ou o processo arquivado. Ocorre uma não evolução da jurisprudência brasileira em relação à indenização por prisão injusta.

Palavras-chave: Indenização. Prisão preventiva. Absolvição.

ABSTRACT

The article addresses the issue of compensation for judicial error and the acquittal of the defendant who came to be arrested preventively. It draws a parallel between the trivialization of pre-trial detention in Brazil and unjust imprisonment, when the defendant is acquitted, or the process closed. There is no evolution of Brazilian jurisprudence in relation to compensation for unjust imprisonment.

Keywords: Compensation. Unlawful pretrial detention. Acquittal.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo foi analisado, mediante uma visão crítica, o problema da absolvição de réu preso preventivamente, se cabe ou não indenização por parte do Estado devido ao erro judiciário. No direito europeu, em alguns países, cabe a indenização por prisão injusta em caso de absolvição do réu, no direito brasileiro não há essa prerrogativa. No Brasil, existe duas correntes, uma

¹ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília UniCeub/ICPD.

majoritária que restringe os casos de prisão injusta à prisão ilegal, e uma segunda corrente minoritária, que se manifesta pela prisão injusta.

Por ora, no primeiro capítulo, foi conceitualizado o instituto da Prisão Preventiva, sua positivação no Código de Processo Penal, seus requisitos e fundamentos legais. No segundo capítulo, foi abordada a questão da prisão cautelar e sua banalidade no Brasil. A fragilidade das prisões provisórias por descumprirem a fundamentação e o prazo máximo de prisão. No terceiro capítulo, demonstrou-se a possibilidade de uma indenização a ser paga por parte do Estado quando ocorrer erro judiciário ou prisão ilegal. No quarto e último capítulo, foi realizada uma crítica, com base no trabalho do Professor Odone Sanguiné, no que diz respeito à possibilidade de indenização por réu preso depois absolvido, erro judiciário e prisão ilegal.

Há uma seria necessidade de evolução da jurisprudência brasileira no que tange ao tema. O objetivo deste trabalho é situar o leitor na discussão contemporânea sobre o assunto. Tentou-se trazer o panorama europeu atual, assim como, a necessidade de efetivação e concretização dos direitos fundamentais no Brasil. A constitucionalização do processo penal brasileiro se faz necessária, nesse sentido, o respeito à legislação de direito internacional no que trata os direitos humanos.

2 A PRISÃO PREVENTIVA

Denomina-se prisão preventiva a prisão de natureza cautelar-processual. É a prisão decretada durante a persecução criminal. O Código de Processo Penal, originariamente, adotava a rigidez em matéria de prisão: a regra era a prisão ser mantida; a exceção, a liberdade provisória. Com as alterações posteriores, entre elas, decorrentes da CF, passou-se a adotar a liberdade provisória como regra, admitindo, em caso de excepcional necessidade, a

prisão. Essa tendência agora se consolida com a previsão de cautelares alternativas.²

A prisão cautelar deve obedecer toda a estrutura sistêmica processual e seus requisitos que são: o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, presentes no artigo 312 do CPP. O primeiro requisito diz ser necessário os indícios de autoria e materialidade delitiva. O segundo pressuposto consta da fundamentação da prisão, ou seja, para garantia da ordem publica, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e por fim, para assegurar a aplicação da lei penal.³

A Prisão preventiva deve ser a *ultima ratio* de intervenção cautelar. Ela é reservada para os casos em que as outras medidas cautelares, diversas da prisão, não se mostrarem suficientes ou adequadas aos fins de tutela do processo principal, nas dimensões expressas no art. 312, do CPP. Tal premissa é apreciada a partir de vários dispositivos da Lei n. 12.403/11. O art. 282 se extrai que a prisão provisória será reservada para os casos necessários, desde que as outras medidas não sejam suficientes para a garantia da aplicação da lei. O § 4º do art. 282 revela que em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, será possível substituir a medida ou reforçá-la com a cumulação de outra, sendo decretada a prisão preventiva apenas em “último caso”.⁴

² LENNACO, Rodrigo. Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8482/1/Reforma%20do%20CPP%20-%20Cautelares%2c%20Pris%C3%A3o%20e%20Liberdade%20Provis%C3%B3ria1.pdf>>. Acesso em: 06/09/2018.

³ LENNACO, Rodrigo. Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8482/1/Reforma%20do%20CPP%20-%20Cautelares%2c%20Pris%C3%A3o%20e%20Liberdade%20Provis%C3%B3ria1.pdf>>. Acesso em: 06/09/2018.

⁴ LENNACO, Rodrigo. Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8482/1/Reforma%20do%20CPP%20-%20Cautelares%2c%20Pris%C3%A3o%20e%20Liberdade%20Provis%C3%B3ria1.pdf>>. Acesso em: 06/09/2018.

3 BANALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR

No Brasil, confunde-se, as funções da prisão preventiva e definitiva. Ocorre o uso banalizado da prisão cautelar, sem o exato preenchimento de seus requisitos. O objetivo de tal banalização é camuflar a ineficiência do sistema penal, tentando solucionar o problema da impunidade.⁵

Com a prisão cautelar.⁶ Ao determinar, no art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a Constituição Federal da República de 1988 consagrou o princípio da presunção da inocência ou não culpabilidade. Tal garantia, passou a nortear a aplicação da prisão. Assim, qualquer forma de prisão obrigatória, sem fundamento, passou a representar a não concretização e não realização do Estado Democrático de Direito no Brasil.⁷

Não é tão simples equalizar a segurança social e a liberdade individual. Em um primeiro momento, temos a efetividade da persecução penal, em um segundo momento temos, a preservação da liberdade do ser humano e da dignidade da pessoa humana. É preciso concretizar os princípios constitucionais que orientam a questão da prisão, seja ela material, ou processual. Os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade, sendo respeitados, teremos o ponto de equilíbrio entre a persecução criminal e o *status libertatis*. Assim teremos o respeito às garantias individuais e a dignidade humana.⁸

⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

⁶ PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

⁷ MORAES, Maria Joana Carneiro. Considerações sobre a Prisão Provisória e sua Banalização no Brasil. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/MariaJoanaCarneirodeMoraes.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

⁸ PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em:

De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça, até a data da presente pesquisa, o Brasil tem um total de 690.950 mil presos, sendo que desse total, 244.159 são presos provisórios, ou seja, quase 1/3 das prisões no Brasil é de prisão cautelar⁹. Isso revela um descontrole no uso desse instituto. A prisão preventiva deve ocorrer de maneira imperiosa, com a relativização do *status libertatis*, só quando presentes os requisitos legais, sob pena de desvirtuamento da cautelaridade e ofensa ao princípio da presunção de inocência. Não se pode privar da liberdade antes da sentença penal condenatória. Porém, no Brasil, a regra é a prisão preventiva como meio de castigo antecipado. Em artigo, Joana Carneiro, expõe as razões da suposta banalidade, vejamos:¹⁰

A Primeira razão é que grande parte das decisões simplesmente faz referência genérica aos requisitos legais, ora aqui apresentados. A fundamentação, “apesar de não precisar ser exaustiva, deve estar elencada a elementos fáticos concretos da investigação.”¹¹ Nesse sentido, a garantia da ordem publica é o requisito que dá maior margem ao entendimento genérico, porque é um entendimento jurídico indeterminado.¹²

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

⁹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php> Acesso em: 14/09/2018.

¹⁰ PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

¹¹ “O Supremo Tribunal Federal tem admitido a prisão provisória para a garantia da instrução criminal quando o investigado está ameaçando a vítima para que ela desista da ação penal. Da mesma forma, quanto à motivação de assegurar a aplicação da lei penal, o decreto não pode se basear em meras presunções em relação à possibilidade de fuga do acusado. Nessa linha, o STF já se manifestou no sentido de que a simples fuga não justifica, per se, a determinação da prisão provisória. Entretanto, se a fuga antecede a própria decretação da prisão, resta demonstrada inequivocamente a intenção do acusado de furtar-se da aplicação da lei penal, o que justifica sua custódia.³⁰ No mesmo sentido, a decretação da revelia do acusado também não basta por si só para justificar a decretação ou manutenção da prisão cautelar. O STF também entende que a simples mudança para o exterior de domicílio ou residência do indiciado, com a devida comunicação à autoridade competente, não justifica por si só a prisão preventiva.” PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

¹² PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em:

O STF tem decidido que a garantia da ordem publica¹³ significa: “juízo de periculosidade incide sobre a gravidade no modo de execução do delito e se relaciona com o acautelamento do meio social (HC 95460)”; “para garantia da ordem pública devido à possibilidade de reiteração das práticas delituosas (HC96577)”; A garantia da ordem pública também tem servido de fundamento para prisões de acusados sob a alegação de que a medida visa assegurar a credibilidade da justiça. Segundo Ana Claudia Bastos Pinho, essas motivações argumentativas não servem como fundamentação para à prisão cautelar. Primeiro porque a prisão de um individuo não pode servir como exemplo aos demais destinatários da norma. Segundo porque nem o clamor público nem o serviço de dar maior credibilidade ao Poder Judiciário estão elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, assim não podem fundamentar a garantia da ordem publica por interpretação.¹⁴

Segunda questão, a indefinição quanto ao prazo das prisões provisórias: A prisão preventiva excessiva representa a não concretização do princípio da presunção de inocência e uma verdadeira antecipação da pena. É uma injustiça e uma ilegalidade contra o *status libertatis* do cidadão. O excesso de prazo das prisões provisórias é consequência da lentidão no exame dos processos criminais e não cumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo.¹⁵ Nesse sentido, a autora destaca a opinião de Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró que destacam, “quando ocorrer excesso de prazo

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

¹³ Vicente Greco Filho atenta que ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Por essa razão, não pode ser equiparada ao clamor público. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 275.

¹⁴ PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

¹⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

irrazoável, a melhor solução compensatória à violação do direito a um processo sem dilações indevidas seria a extinção do feito, com a absolvição do réu.”¹⁶

A situação do excesso de prazo é tão grave que “o STF tem admitido conhecer da questão quando esta se mostra exagerada, mesmo que o tribunal recorrido não a tenha apreciado, superando o óbice da supressão de instância.” Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão de natureza cautelar, sem sentença condenatória transitada em julgado, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua prisão.¹⁷

Toda via, é importante explicitar que somente será justificada a decretação da medida cautelar se ela possuir os requisitos do art. 312 CPP e for necessária para resguardar o conteúdo dos processos de conhecimento, mesmo porque se trata de restrição de liberdade de caráter excepcional. Embora não seja antecipação de pena, antecipam-se os efeitos, que somente podem ser demandados de uma ordem da autoridade judiciária.¹⁸

4 INDENIZAÇÃO POR PRISÃO INJUSTA

O Superior Tribunal de Justiça de forma majoritária tem tido como posicionamento que a prisão cautelar que atenda pressupostos legais não classifica erro judiciário por estar adstrito ao princípio da legalidade. Contudo, é direito do cidadão à indenização por prisão injusta e erro judiciário.¹⁹

¹⁶ PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

¹⁷ PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

¹⁸ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Prisão preventiva, e o princípio constitucional, da duração razoável do processo. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11794/9874> Acesso em: 07/06/2018.

¹⁹ ROCHA e TEMIS, Larissa Catarine e Andreia. A prisão Cautelar Preventiva e o direito à indenização na hipótese de absolvição do réu na ação penal. Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongressorondoniensej/article/view/94>> Acesso em: 08/09/2018.

São os fundamentos de tal tese: Princípio da responsabilidade objetiva do Estado, artigo 37, §6º, CF. Dano causado pelo agente e imputável ao Estado, dano material e moral. Responsabilidade civil do Estado, responsabilidade civil extracontratual do Estado. E, a CF, em seu art. 5º inciso LXXV, “determina que o estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do prazo fixado na sentença.” O estado deve indenizar a vítima de erro judiciário, dando lugar ao entendimento de que como tal deve ser interpretado todo erro que importe coação carcerária juridicamente ilegal a sujeito inocente.²⁰

A fundamentação deve observar o macro-princípio da dignidade humana como pressuposto basilar. A responsabilidade civil do estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais. A indenização deve corresponder ao valor de avaliação da diminuição sentida pelo acusado preso em seu patrimônio, seja de natureza material (perda de emprego, danos psíquicos etc), “atingindo o patrimônio da pessoa e consistindo em perda monetária decorrente da sua redução (dano emergente) ou da supressão de possibilidade de seu aumento (lucro cessante), seja moral, a atingir aspectos não econômicos de bens jurídicos da pessoa”; o valor aferido para a indenização deve ser bastante para impedir injustiças por parte do Estado, e conscientizar os juízes eticamente.²¹

Convém ser proposta a ação indenizatória em face do Estado, em razão da responsabilidade objetiva, ao invés de demandar diretamente contra o magistrado, ocasião e que a reponsabilidade seria subjetiva. Cumpre ao Estado exercer seu direito de regresso contra o magistrado ou órgão colegiado, apenas

²⁰ FRANCO, João Honório de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/en.php>> Acesso em: 07/09/2018

²¹ FRANCO, João Honório de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/en.php>> Acesso em: 07/09/2018

e tão somente quando esses agirem com dolo ou fraude, caso contrário, deve assumir erros de seus funcionários.²²

Segundo o professor Cândido furtado, existem algumas formas de indenizações por erro judiciário que são: “condenados por erro judiciário; condenados além do tempo determinado pelo juiz na sentença, aos presos que sofrerem danos físicos ou morais, presos que sofrerem restrições aos seus direitos fundamentais.”²³

Existe uma corrente minoritária que diz que preso absolvido deve ser indenizado mesmo sem a existência de ilegalidades ou erro judiciário. A negação por parte do Estado em reparar por danos morais por prisão provisória indevida fere o princípio da dignidade humana e o *status libertatis*

²² “Erro judiciário é a condenação ilegítima, prisão preventiva injustificada ou detenção sem justa causa, cujos danos patrimoniais e morais são patentes. Já foi reconhecido no stj (tese minoritária) à hipótese de indenização por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente venha a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o direito fundamental a vida livre e digna. Posicionou-se de que a absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e a honra do homem são inequívocos. Status libertatis que é direito fundamental que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior fixado na sentença, situações essas equivalentes às de quem é submentido à prisão processual e posteriormente absolvido.” RESP 427560 FUX 30/09/2002 FRANCO, João Honório de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/en.php>> Acesso em: 07/09/2018

²³ “I- aos condenados por erro judiciário

a) “não constituir o fato infração penal” - art. 386 do inc. III do Código de Processo Penal

II - aos presos condenados além do tempo fixado na sentença criminal com trânsito em julgado material e formal

a) dolo, “caput” e incisos art. 350 Código Penal – Abuso de Poder,

b) culpa, displicência-negligência na expedição ou execução do Alvará de Soltura,

III - aos presos provisórios ou condenados que sofrerem atentados contra à incolumidade-integridade física ou moral (art. 38 e art. 40 das Leis ns. 7.209/84 e 7.210/84 e inciso XLIX do art. 5º CF).

IV - aos que sofrerem restrições ao direito fundamental de ir e vir (“ius libertatis”), ou seja: coação ilegal, espécie de constrangimento, falta de justa causa para a instauração de inquérito policial ou da ação penal, excesso de prazo na detenção com demonstrações de desnecessidade, maneira mal intencionada pela autoridade, rigor excessivo na prisão, flagrante completo de vícios ou irregularidades (art. 647 Código de Processo Penal).”²³

NETO, Cândido Furtado Maia. Erro judiciário, prisão ilegal e direitos humanos: indenização às vítimas de abuso de poder à luz do garantismo jurídico-penal. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/1316/1168>> Acesso em: 08/09/2018.

do cidadão. Porém o STJ, entende em sua jurisprudência mais recente não ser possível a indenização se não houver ilegalidade na prisão.²⁴

A responsabilidade do Estado é assim então limitada. Apenas haverá indenização por erro judiciário, ou seja, deve ocorrer uma conduta dolosa por parte do Estado. Em tese é o que narra a CF em seu art. 5º, inciso LXXV, que: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Logo, o entendimento do STJ prevê, “prisão cautelar fundamentada, não gera direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas.”²⁵ Desta forma, caímos no problema levantado por Ana Claudia Pinho, a fundamentação genérica ou ausência de pressupostos objetivos nos requisitos formais do artigo 312 CPP.²⁶

No campo das garantias fundamentais, quando a prisão é inequívoca, independentemente da legalidade ou não da prisão, tem-se a não concretização da normatividade jurídico constitucional dos direitos fundamentais da honra, liberdade e dignidade humana do absolvido. Em um aspecto critico, este deve ser sim indenizado, por ter sua liberdade cerceada. A pessoa humana não pode ser desdignificada por ações do Estado mesmo que tenha aparência de legalidade.²⁷

O Brasil atual é formado pela figura político-jurídica do Estado Democrático de Direito, assim é garantido a todo cidadão brasileiro a gama principiológica inerente à dignidade humana, ao artigo 5º e ao artigo 6º. Quando

²⁴ ROCHA e TEMIS, Larissa Catarine e Andreia. A prisão Cautelar Preventiva e o direito à indenização na hipótese de absolvição do réu na ação penal. Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongressorondoniensecj/article/view/94>> Acesso em: 08/09/2018.

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ABSOLVI%C7%C3O+INDENIZA%C7%C3O+PRIS%C3O+PROVIS%D3RIA&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 16/09/2018.

²⁶ ROCHA e TEMIS, Larissa Catarine e Andreia. A prisão Cautelar Preventiva e o direito à indenização na hipótese de absolvição do réu na ação penal. Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongressorondoniensecj/article/view/94>> Acesso em: 08/09/2018.

²⁷ ROCHA e TEMIS, Larissa Catarine e Andreia. A prisão Cautelar Preventiva e o direito à indenização na hipótese de absolvição do réu na ação penal. Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongressorondoniensecj/article/view/94>> Acesso em: 08/09/2018.

ocorre, prisões indevidas, por excesso de prazo, ou com posterior absolvição do réu, há uma lesão aos direitos fundamentais. Mas este mesmo Estado Democrático não se efetua na realidade quando temos gritantes ofensas às garantias e liberdades individuais. Não responsabilizar o Estado pela desconstitucionalização do processo penal por parte dos presos cautelares, é uma afronta a constituição, principalmente ao o art 37, §6º, que nos diz que o Estado será responsável por danos causados a terceiros, praticados pelos seus agentes, independente de formar erro judiciário, os atos lesivos serão reparados pelo Estado. Assim preza o Estado Constitucional.²⁸

5 PRISÃO PREVENTIVA E ABSOLVIÇÃO DO RÉU, UMA VISÃO CRÍTICA

No atual Estado Constitucional, principalmente na Europa, a prisão cautelar injusta é passível de indenização por parte do Estado. A prisão que produz um prejuízo à parte (toda prisão produz um prejuízo considerável), desde que provado o nexo de causalidade, deve gerar uma reparação. De acordo com o professor Odone Sanguiné, “deve haver a indenização toda vez que a prisão cautelar não resultar em condenação.” é uma questão de evolução na jurisprudência dos tribunais mundo a fora.²⁹

A inocência da pessoa provada, depois de sua prisão preventiva, é uma injustiça, é um erro judicial crasso e deve ser reparada e indenizada pelo Estado na figura retórica-jurídico-política do Estado Constitucional. A justiça criminal, na figura do seu representante o juiz natural, não pode decretar a prisão antes da condenação em definitivo por motivos genéricos e abstratos. O pacto dos direitos civis e políticos da ONU, prevê que “toda pessoa que tenha sido ilegalmente detida ou presa, terá o direito efetivo a obter reparação”. A validade

²⁸ ROCHA e TEMIS, Larissa Catarine e Andreia. A prisão Cautelar Preventiva e o direito à indenização na hipótese de absolvição do réu na ação penal. Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongressorondoniensecj/article/view/94>> Acesso em: 08/09/2018.

²⁹ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufg.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

de tal normatividade no direito brasileiro, cabe como evolução da jurisprudência.³⁰

Na jurisprudência europeia tal evolução é demonstrada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, a recomendação Rec., 2006, 13, de 27/09/2006: todas as pessoas presas provisoriamente que sejam absolvidas, tem direito a indenização.³¹ Temos de observar o art. 10º do pacto de San José da Costa Rica, que ensina: que toda pessoa vítima de erro judiciário tem direito a uma indenização estatal.³² Por último temos o Estatuto da Corte Penal Internacional, determina a indenização as vítimas da prisão injusta. Nesse sentido, é uníssona a legislação referente ao direito internacional e direitos humanos, em servir de parâmetro para jurisprudência dos Estados Constitucionais nacionais, para que esses venham atualizar as ações processuais do Estado de acordo com a dignidade da pessoa humana.³³

³⁰ “A injustiça se refere à falta de resposta adequada do ‘sistema’ de justiça criminal ou porque o mesmo incorreu em erro. A inocência do cidadão, presumida em princípio, foi em um primeiro momento afetada pela prisão antes da condenação. Dito resultado não provém sempre de um erro humano, mas sim com frequência, como disse John Rawls, de uma combinação fortuita de circunstâncias que se chocam com o fim fixado pelas regras legais. O processo penal é o próprio exemplo do que se pode chamar “uma justiça processual imperfeita”, no sentido de que nunca haverá a certeza de que se possa alcançar com toda segurança a finalidade perseguida: identificar o culpado; não punir ao inocente.” SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: < <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189> > Acesso em: 15/09/2018.

³¹ *In verbis*: “deve ser prevista uma indenização às pessoas presas provisoriamente que não sejam posteriormente condenadas pelo crime pelo qual foram colocados em prisão provisória. Esta reparação poderia cobrir a perda de rendimentos, perda de uma chance e danos morais” (item 34.1). Nenhuma indenização é devida quando ficar comprovado que a pessoa presa, com seu comportamento, contribuiu ativamente para a razoabilidade das suspeitas de que ela tenha cometido um delito ou tenha deliberadamente obstruído a investigação do alegado crime (item 34.2)”. SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: < <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189> > Acesso em: 15/09/2018.

³² “O art. 10º da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José*) dispõe sobre o direito à indenização por erro judiciário: “Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário”, abarcando a reparação dos danos e prejuízos derivados da injusta privação de liberdade e todos os demais que a decisão judicial houver ocasionado (por exemplo, dano moral pela lesão à honra e reputação).” SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: < <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189> > Acesso em: 15/09/2018.

³³ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <

No caso de prisão cautelar ilegal ou injustificada, nos ensina o prof. Sanguiné, que vinte e sete Países europeus possuem normatização sobre o tema ora estudado. E em alguns países a legislação abarcou os casos de absolvição, isso demonstra uma clara evolução do direito mundial em termos de humanização e constitucionalização da justiça criminal. Vejamos:³⁴

Na Espanha, na *Ley Organica do Poder Judicial*, art. 294, prevê: “indenização de quem, depois de ter sofrido prisão preventiva, seja absolvido por inexistência do fato imputado”. Na França, existe à indenização automática e integral, quando ocorrer a absolvição, pela prisão preventiva injusta. Na Itália, é cabível indenização, quando a absolvição é in dubio pro reo, e a pessoa ficou presa preventivamente. Na Bélgica, também ocorre a indenização do Estado ao acusado que ficou preso cautelarmente, e que posteriormente fora absolvido. Áustria e Holanda seguem o mesmo entendimento.³⁵

No Brasil, a doutrina de forma majoritária, a responsabilidade objetiva do Estado descrita no art. 37 §6º, só pode ocorrer nos casos em que houver ilicitude no ato que deferiu a prisão cautelar. Portanto, mesmo sendo o réu absolvido, sendo preso provisório com a prisão bem fundamentada, não há que se falar em indenização. Todavia, o STF já decidiu contrariamente por duas vezes no caso conhecido como “bar do bodega” e em um caso em que a condenação fora desconstituída em ação de revisão criminal. O STJ também por duas vezes decidiu de maneira favorável ao réu preso, mas a tendências dos dois tribunais ainda é muito tímida e não progressiva em relação a garantia dos direitos fundamentais dos absolvidos presos.³⁶

<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

³⁴ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

³⁵ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

³⁶ “Idêntica tendência também pode ser observada em dois precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça. No primeiro precedente, o STJ reconheceu que o Estado está obrigado a indenizar por danos morais a um acusado que fora submetido a prisão cautelar arbitrária ou

Neste caso de indenização paga pelo Estado a responsabilidade deve ser direta e objetiva (de acordo com a constituição), independente se o erro judiciário aconteceu por dolo do juiz. Quando existir uma sentença absolutória ou que extinguir o processo sem a resolução de mérito, com réu preso preventivamente, a jurisprudência pátria deve evoluir no sentido³⁷ de garantir ao cidadão o ressarcimento devido, assim como nos países europeus, garantindo a legislação de direito internacional.³⁸

Nas sentenças absolutórias em que o fundamento é o princípio do *in dubio pro reo*³⁹, a jurisprudência brasileira não admite ressarcimento pela prisão indevida. Essa é uma questão em que deveria haver a mudança evolutiva do entendimento dos tribunais superiores. É claro que o entendimento no Brasil viola, além do princípio *in dubio pro reo*, a presunção de inocência, e a concretização desses direitos perpassa pela tese defendida neste artigo.

indevida porque o *fato não constitui crime*. O fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados aos cidadãos, especialmente, o de ir e vir. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais..." "No segundo precedente, o STJ reconheceu o direito à indenização por dano moral decorrente de prisão preventiva inicialmente considerada lícita, mas que se tornou ilegal por *excesso expressivo do prazo legal*. Em seu voto-condutor, o Min. Luiz Fux asseverou que a prisão preventiva, desde que preenchidos os requisitos legais, revela aspectos da tutela antecipatória no campo penal, por isso que, na sua gênese, deve conjurar a ideia de arbitrariedade. o serviço público." SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

³⁷ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

³⁸ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

³⁹ Há um grupo de situações legalmente previstas de sentença absolutória cujo fundamento comum reside na incerteza ou falta de provas sobre a inocência do acusado com aplicação da regra '*in dubio pro reo*': (i) se não houver prova da existência do fato (inc. II, do art. 386, e 414, ambos do CPP); (ii) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (inciso V, do art. 386 e 414 do CPP); (iii); se houver fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (inciso VI, *última* parte, do art. 386, do CPP); não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, inciso VII do CPP). SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

Segundo o professor Sanguiné: pode haver distinções ente “absolvição de primeira e segunda categorias”, devido ao fato da segregação cautelar ser injusta e não haver indenização.⁴⁰

Os tribunais se veem numa situação sem saída, ou indenizam todos os presos absolvidos que ficaram presos provisoriamente, ou não se indeniza ninguém, não se cumpre o direito constitucional, e não evolui o direito interno brasileiro, jurisprudência e doutrina. Uma segunda questão é importante de ser comentada que é: diante da prisão preventiva os juízes passem a condenar o réu para não haver margem de uma futura indenização. Assim ocorreria uma anomalia no sistema penal sem precedentes históricos de lesão a liberdade individual e retrocesso na formação jurídico política do Estado democrático de direito.⁴¹

Além das sentenças absolutórias mediante o principio do in dubio pro reo, quando o acusado for preso cautelarmente, existem as seguintes hipóteses em que o cidadão deveria ter direito a indenização, todos os casos em que for segregado preventivamente, são elas:⁴²

- a) decisão de arquivamento de inquérito
- b) decisão que rejeita denuncia inepta
- c) decisão de absolvição sumária
- d) excesso de prazo na prisão cautelar
- e) decisão cautelar fundamentada de maneira arbitrária.⁴³

⁴⁰ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

⁴¹ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

⁴² SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

⁴³ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

Contudo, fica em evidência a “autorresponsabilidade” ética dos juízes no que tange o uso das medidas cautelares e da prisão provisória. O juiz deve ser o guardião dos direitos fundamentais, seu principal agente concretizador, e não o violador das garantias. O uso indevido da prisão sem sentença para se “fazer justiça por clamor social” para antecipar o castigo é ilegal e deve ser indenizada à aquele que sofre o mal injusto. Em matéria de direito penal deve ser respeitado os princípios da *ultima ratio* e intervenção mínima do Estado. Ainda, há que se falar na necessidade da evolução da jurisprudência pátria no que tange, a indenização do Estado para o cidadão que sofreu prisão injusta ou que posteriormente veio a ser absolvido, isso para a realização do Estado democrático de direito no Brasil e concretização dos direitos fundamentais.⁴⁴

6 CONCLUSÃO

Sem a perspectiva de indenização do réu segregado cautelarmente, pós sua absolvição, ou sem a evolução da jurisprudência no Brasil a respeito deste tema, bem como a banalização da prisão preventiva, que chega a representar quase um terço do número de prisões no sistema carcerário brasileiro. O Estado democrático de direito nesta república federativa é apenas simbólico, está apenas no papel.

Esta é a realidade de um país subdesenvolvido ou de modernidade periférica, em que se sacrifica um cidadão (ou 244.159 indivíduos), mesmo a prisão posteriormente sendo injusta, errática, ou ainda absolvidos, não tem direito a indenização. Portanto, o Estado democrático de direito é inefetivo e não incorporou a carga principiológica da garantias e direitos fundamentais no Brasil.

Devido ao problema da violência institucionalizada no Brasil, a forma de enfrentar tal problema é a desconstitucionalização do direito processual penal brasileiro e a banalização do instituto da prisão. Assim, as pessoas não estão

⁴⁴ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <
<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufg.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018.

vivenciando os princípios constitucionais do direito a vida, à liberdade individual, e dignidade humana. O Estado democrático deve por lei proteger seus cidadãos e não torná-los produtos viáveis de encarceramento sem sentença penal condenatória.

A desconstitucionalização do direito penal cria uma gama de subcidadãos que serão “homens sob a custódia do Estado” de maneira injusta e às vezes até esquecida em tal situação. Por fim tudo que temos no Brasil é uma constitucionalização simbólica.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Conselho Nacional de justiça. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php> Acesso em: 14/09/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ABSOLVI%C7%C3O+INDENIZA%C7%C3O+PRIS%C3O+PROVIS%D3RIA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 16/09/2018

FRANCO, João Honório de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. Disponível em:
<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/en.php>> Acesso em: 07/09/2018

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LENNACO, Rodrigo. Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória. Disponível em:
<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8482/1/Reforma%20do%20CPP%20-%20Cautelares%2c%20Pris%C3%A3o%20e%20Liberdade%20Provis%C3%B3ria1.pdf>>. Acesso em: 06/09/2018

MORAES, Maria Joana Carneiro. Considerações sobre a Prisão Provisória e sua Banalização no Brasil. Disponível em:
<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/MariaJoanaCarneirodeMoraes.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. _____. A Constituição Simbólica Revisitada. Disponível em:
Acesso em: 10 de outubro de 2014.

PINHO, Ana Cláudia Bastos. PRISÃO PROVISÓRIA: CAUTELARIDADE OU BANALIDADE? Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf> Acesso em: 06/09/2018.

ROCHA e TEMIS, Larissa Catarine e Andreia. A prisão Cautelar Preventiva e o direito à indenização na hipótese de absolvição do réu na ação penal. Disponível em:<

<http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongressorondoniensecj/article/view/94>> Acesso em: 08/09/2018.

SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <

<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15/09/2018

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Prisão preventiva, e o principio constitucional, da duração razoável do processo. Disponível em:

<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11794/9874> Acesso em: 07/06/2018.